III.

Ueber die juristische Intelligenz, ihre Bedeutung und Repräsentanten in der Rechtsverwaltung, insbesondere über das Collegial-System.

Von

Herrn Dr. Heffter, Professor der Rechte zu Bonn.

Ohne Zweifel ist es auf eigene Weise belehrend, eine mit innerer Nothwendigkeit ansprechende praktische Idee in äußern Erscheinungen gleichsam schon verkörpert und in die Geschichte des Menschengeschlechts übergegangen darzulegen; denn es wird dadurch nicht allein ihre Harmonie mit dem übrigen Seyenden nachgewiesen und damit rückwärts die Probe der Vernunftmäßigkeit, folglich der Nothwendigkeit geliefert, sondern es wird auch auf der andern Seite möglich, aus der Idee die besondern Gesetze für das von ihr beherrschte Gebiet und das darin Seyende abzuleiten.

Untersuchungen dieser Art beschäftigten schon große Vorgänger in der Jurisprudenz, in Wissenschaft und Praxis gleich bewandert; sie liegen auch dem jetzigen Stande der Rechtswissenschaft nicht fremd; sie bestimmten uns, mit dem obigen Gegenstand den Versuch solcher Darlegung zu machen. Wir hoffen, wenn schon nichts Neues, doch Manches von Neuem zur Sprache zu bringen, was am allerwenigsten von der Praxis übersehen werden darf, da sie eigentlich darin lebt.

---

einer stillschweigenden Aufgebung des Pfandrechts denjenigen rechnet, „wo verabredet worden, daß statt der Hypothek ein Bürge gestellt werden, und nur bis dahin dieselbe haften solle, und dann der Gläubiger diesem Vertrage gemäß einen Bürgen annimmt.“ „Ohne eine solche Verabredung (setzt er noch hinzu) hebt die Annahme von Bürgen die Hypothek nicht auf.“ (S. Erl. d. Pand. Bd. XIX. S. 419.)

Die Seele des ächten Staatslebens ist Weisheit; ihr muß, wie im einzelnen Menschen der Vernunft, unbedingte Herrschaft eingeräumt werden, wie schon Aristoteles bemerkt hat [1]). Das, was wir Weisheit nennen, besteht aber erstlich in der Erkenntniß dessen, was wirklich ist und vernünftiger Weise seyn muß — und dies bezeichnen wir besonders durch das Wort Intelligenz: zweitens in der Erkenntniß oder Einsicht des jedesmaligen Bessern oder Nützlichen, wenn sich Nothwendigkeiten nicht erkennen lassen; und dann endlich in der Klugheit bei Wahl der Mittel zur Ausführung des Nothwendigen, oder Nützlichen, oder zur Erhaltung des Bestehenden. Das schwerste hierunter ist das Erste, zu erkennen was wirklich, oder nothwendig ist, weil das Mißkennen hiervon zu Täuschung, Sünde und Unrecht führt; leichter und dem gewöhnlichen Verstande schon zugänglicher ist das Zweite und Dritte.

Auf jene Drei lassen sich indeß die Anforderungen an den Staat, oder was gleich viel ist, an die souveränen Inhaber der Staatsgewalt, an die bewegenden Organe des Staats, zurückführen; sie müssen sie an sich selbst machen, wenn der Staat sich erhalten soll. Es sind aber jene Anforderungen, wie sich bei dem leichtesten Nachdenken ergibt, auf dem jetzigen Standpunkt der menschlichen Dinge unendlich groß und nur wenig Sterbliche dürften für sich allein zu ihrer Erfüllung ausreichen. Mag auch das Zweite und Dritte ein natürliches Gut aller geistig Gesunden seyn, nämlich zu erhalten, aus Mehrerem auch das Beßere zu wählen, einmal feststehende Grundsätze zu verwirklichen, und mögen daher diese Funktionen auch als von selbst sich verstehende Angehörigkeiten der Staatsgewalt-Inhaber in allen öffentlichen Dingen betrachtet werden: so werden sich doch ihrem menschlichen Organismus die Funktionen der Intelligenz als eigenthümliche Eigenschaft ganz von selbst nicht zuschreiben

1) Pol. I, 3.

lassen, sondern nur das Recht oder die Gewalt, für ihre Zwecke die in der Staatsgesammtheit ruhende Intelligenz in Thätigkeit zu rufen und zu benutzen. Die Natur hat Niemand damit ausschließlich bewidmet, sondern die Kräfte dazu mannigfach und selten ohne Beschränkung ertheilt; Allen oder doch den Meisten ist nur gegeben, von anderen Erfundenes oder entdeckte Wahrheiten in sich mit dem Auge des Geistes aufzufassen und ihre Zustimmung, hervorgebracht durch die Kraft der Wahrheit, dient dann letzterer zur Beglaubigung.

Nach den meisten unsrer Staatsrechtslehrer hat der Staat drei wesentliche allgemeine Thätigkeiten, eine gesetzgebende, beaufsichtigende, ausführende Gewalt, die in ihrer Anwendung auf die einzelnen Zweige der Staats-Interessen eben so viele einzelne Hoheitsrechte erzeugen, unter andern die Justizhoheit, worin wieder die Macht enthalten ist, die Rechte Aller untereinander, oder der Einzelnen für sich, durch Gesetze zu bestimmen, deren Befolgung zu beaufsichtigen und zu handhaben. Logischer ist dies unstreitig, als mit Montesquieu und andern ausländischen Publicisten sofort als die drei obersten Gewalten anzunehmen eine gesetzgebende, richterliche und ausübende Gewalt, da doch die richterliche in der letztern mitbegriffen ist; oder gar vier, nämlich durch Zufügung von sogenannter Verwaltungshoheit. Unter diesem Namen ließen sich vielmehr alle Hoheitsrechte des Staats begreifen, selbst das der Gesetzgebung. Denn in der That ist diese nur ein Verwaltungsbedürfniß, wenn man nicht etwa glaubt, daß jeder Staat mit geschriebenen Gesetzen anfangen müsse und ohne sie kein Heil sey. Wir bleiben indeß bei der Justizhoheit stehen, oder bei dem Recht der Justiz-Gesetzgebung und Justiz-Verwaltung.

Daß alles Recht Einzelner nur im und durch den Staat Wirklichkeit hat, ist eine ausgemachte Sache, wenn es auch, wie wir überzeugt sind, eine höhere Gerechtigkeit giebt und wenn auch nicht die Staatsgewalt lediglich und allein erst

das Recht macht, vielmehr dasselbe nur noch menschlich zu autorisiren hat. In welcher Beziehung nun auch immer der Staat seine Justizhoheit ausüben möge, ob gesetzgebend oder verwaltend: immer wird dabei das, was wir eben Intelligenz nannten, in Anspruch genommen. Eine Justiz-Gesetzgebung oder Verwaltung ohne Einsicht dessen, was ist und mit gänzlicher Nichtachtung des Vernunftgemäßen, Nothwendigen, außer allem Zusammenhang damit, wohin sollte dies führen, besonders in so künstlichem, zusammengesetzten, vielbewegten Getriebe des menschlichen Lebens, wie es sich jetzt in Europa und seinen Pflanzstaaten gestellt hat! Darum zieht ja auch allenthalben jede Regierung zu neuen Gesetzen über das Verhalten und die Privatrechte der Unterthanen, die Erfahrung und Einsicht der Kundigen, ja auch die öffentliche, allgemeine Stimme, mit einem Worte, die Intelligenz des beherrschten Volks unter verschiedenen Formen zu Rathe und thäte sie es nicht, so wäre das Volk entweder noch auf niedriger Bildungsstufe und unmündig, oder es wäre das Werk ein in sich nichtiges, bestandloses, gebrechliches. Hierüber noch ein Wort zu sagen, scheint unnöthig; zweifelhafter mag beim ersten Blicke scheinen, in wie weit auch bei der Rechtsverwaltung die öffentliche Intelligenz concurrire oder mitthätig seyn muß? womit sich zugleich die Beantwortung der Frage verbindet: Kann die Staatsgewalt, d. h. der unmittelbare Inhaber derselben in einzelnen Rechtssachen selbst richten? und, welche Bedeutung hat überhaupt eine richterliche Gewalt des Staats? Dies sey der nächste Gegenstand unserer Betrachtung [2]).

Daß es nur Sache des Staats sey, eine Ordnung einzurichten, wornach Rechtshändel und Anklagen mit rechtlicher Wirkung erledigt werden müssen, giebt keinen Streitpunkt ab; und in so fern hat der Satz: alle (öffentliche)

2) Man vergl. über denselben Siebenpfeiffer, Frage unserer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege. Heidelberg 1823. 8.

Gerechtigkeitspflege geht vom Staate aus; sie ist eine unzertrennbare Attribution der höchsten Gewalt, ihres souveränen Inhabers, — seine unerschütterliche Giltigkeit. Darin ist nothwendig enthalten die Anordnung von Justizbehörden, Einrichtung eines Rechtsganges und eines Executionsweges; endlich die Beaufsichtigung dieser Institute. Warum sollte nun aber der Souverän nicht das Recht haben, sich selbst ein unmittelbares Richteramt, d. h. den höchsten Urtheilsspruch in einzelnen Sachen vorzubehalten, warum sollte er genöthigt seyn, ein permanentes unabhängiges Richteramt einzusetzen, sich selbst nur zum ausführenden Diener der richterlichen Beschlüsse zu machen, und nicht vielmehr wegen der natürlichen Unmöglichkeit, alle Sachen selbst zu entscheiden, blos delegirte, widerrufliche Richter setzen können? Die von Montesquieu, v. Bielefeldt u. A. [3]) gegen das Selbst-Entscheidungsrecht des Souveräns angeführten Gründe sind mehr aus der politischen Moral, der honestas, dem decorum entlehnt, und etwa deshalb auch schon von keinem Fürsten zu übersehen: das Wahre, allein Schlagende scheint uns jedoch dieses:

Die Rechtswissenschaft, insbesondere die Entscheidung von Rechtsfällen, ist eine Kunst, deren richtige Uebung jetzt große Vorbereitung, lange Erfahrung, fast tägliches Studium und eine eigene, der Kunst und ihrem Ernst sich völlig hingebende, durch nichts Anderes abgezogene oder abzuziehende Gemüthsstimmung erfordert. Zwar in seinen Anfängen ist oder erfordert das Recht zu seiner Erkennung und Uebung keine Kunst; aber dahin läßt sich's doch nicht mehr zurückbringen, wenn wir nicht das einfache Leben der ersten Menschengeschlechter zurückführen können. So wenig nun dem Staat oder Souverän, als solchem, der eigenthümliche Besitz anderer Künste zugeschrieben und er z. B. für den höchsten Mahler, oder Bildhauer gelten kann: so wenig läßt sich ihm

3) Man vergl. der Kürze halber Encycl. fr. Jurisprudence m. puissance judiciaire.

auch unter den gegenwärtigen Welt- und Lebens-Verhältnissen der meisten Europäischen und Europäisirten Völker der vollständige Besitz der Rechtskunst oder die zureichende Befähigung zur Selbst-Entscheidung aller einzelnen Rechtssachen, ohne Fiction oder besondere Voraussetzungen, a priore noch beilegen; in so fern es sich nämlich bei rechtlichen Entscheidungen nicht von bloßen Acten eines kräftigen Willens handelt. Urtheilen ist gar kein Act der Gewalt des Willens, sondern des Denkens nach Gründen der Kunst, der Intelligenz. Dieser wird es also auch der Staat nicht umhin können zu überlassen. Einverstanden bisher mit v. Rottek *), können wir ihm aber nicht ferner beistimmen, wenn er nun hierin sofort die Begründung eines völlig unabhängigen Richteramtes, also doch einer besondern Gewalt im Staate, abgesondert von der Staatsgewalt, zu finden scheint. Nach unserer Ansicht giebt es allerdings auch eine richterliche Gewalt des Staates; in so fern es an ihm ist und er es auch nur allein vermag, daß sich Jemand einem rechtlichen Urtheil darstelle und unterwerfe; daneben aber oder vielmehr darunter besteht eine richterliche Intelligenz; vom Staat erweckt und autorisirt zur Urtheilsfällung. Der Staat ist also wirklich der oberste Richter in allen Sachen, so weit es dazu einer zwingenden, legalisirenden Gewalt bedarf; die reinen Verstandes-Operationen dabei sind Sache einer eigends berufenen Intelligenz. In wie fern jedoch letztre völlig unabhängig genannt werden könne, oder Ansprüche habe, es zu seyn, wird sich später bei der zu versuchenden Begränzung ihres Gebiets ergeben. Vorerst haben wir die weltgeschichtliche Anerkennung jenes Neben-Einanderbestehens der richterlichen Macht und Intelligenz nachzuweisen.

Daß, nach beinahe einstimmigen Zeugnissen, in der Urzeit oder dem Kindesalter der Völker die Könige, die βασιλῆες, die principes, die Gerechtigkeit selbst handhabten und

*) Const. St. R. Th. 2. Allg. 1. S. 208.

auch selbst Recht sprachen, kann nicht befremden, da die Einfachheit und Oeffentlichkeit der ersten Lebens-Verhältnisse auch nur eine einfache kunstlose Beurtheilung, fast nur Anschauung, erforderte. Dabei ist übrigens nie zu vergessen, daß, nach ebenfalls unzweideutiger Kundschaft, die Könige, wo nicht immer, die öffentliche Stimme der Volksgemeinde, doch den Rath der Edlen und Weisern mitbefragten. Denn das Recht war nicht Königswillkühr, sondern lebendige Volksansicht. Die Gewalt, die Ehre war des Königs, der Quell seines Urtheils, seines Handelns, die Stimme des Volks.

Merkwürdige Uebereinstimmung findet sich hierbei in der griechischen und germanischen Vorzeit. Auf dem Achilleischen Schilde (Ilias XVIII, 497. sqq.) zeichnet uns Homer eine Volksversammlung, in der Mitte die Geronten, oder die Edlern von schon verständigem Alter — schwerlich verschieden von denen, die Homer sonst auch βασιλῆες nennt, und Tacitus principes bei den Deutschen — Gericht halten, und zwar darüber, ob ein Todtschläger den Verwandten des Getödteten schon das Sühngeld bezahlt habe oder nicht. Das Volk, als Umstand, nimmt lebhaften Antheil an der Sache und zum Theil auch Parthei für die Streitenden, wahrscheinlich deren Verwandte und Freunde, als Helfer und Fürsprecher. In der Mitte aber liegen zwei Gold-Talente, dem bestimmt, welcher [4]) das beste, das richtigste Urtheil finden und die meiste Folge haben würde. Durch solchen Ehrensold suchte man also die richtende Intelligenz zu wecken. Ganz auf dieselbe Weise, nur ohne solchen Lohn, richteten die reges und principes bei den Germanen mit den Freien Volks-

4) Unter den Richtern? oder aus dem gesammten Volk? dem ἴστωρ, der wohl nicht einen gewöhnlichen Zeugen, sondern einen Wissenden, einen Kundigen bedeutet? Einzelnes bleibt hier freilich dunkel; das oben Angegebene folgt dem natürlichen Wortsinne. Heyne's Erläuterungen befriedigen nicht. Vgl. Platner not. jur. et just. ex Homeri Carm. p. 77. sqq.

gemeinden nach dem Urtheil dessen, welcher die meiste Folge hatte [5]).

In dem späteren, aufgeklärten, kunstreichen Griechenland verschwindet freilich jene Achtung des Rechts und der Klugheit, dasselbe zu finden. Die Rechtsverwaltung wurde bei dem fast überall herrschend gewordenen republikanischen Princip dem politischen Willen des Volks oder einer Aristokratie überlassen, die Wissenschaft und Anwendung des Rechts ward nie zu einer Kunst erhoben, nur die Klugheit, die Gewandheit, die Richter zu einem Urtheil zu überreden. Und da eben hierin zum großen Theil ein Grund des Verfalls lag, so können wir auch diese spätere Zeit nicht als Beweis des Vernunftgemäßen jenes Zustandes, oder als Gegenbeweis wider unsere Ansicht gelten lassen, wohl aber als indirecte Bestätigung derselben.

Dagegen geht nun das ganze germanische Alterthum hindurch bis an die Gränze des sogenannten Mittelalters und der sich daraus entwickelnden neuern Zeit der Grundsatz: Der König ist oberster Richter in allen weltlichen Dingen; d. h. er handhabt sie mit seiner königlichen Gewalt, mit dem Gerichtsbann [6]). Das Recht selbst wohnt im freien Volk, seinen verschiedenen Gemeinden und Genossenschaften, hier wird es durch die vom König gesetzten oder beliehenen Richter von besondern Urtheilern, oder von allen Dingpflichtigen, wenigstens nicht ohne deren Zuziehung, erfragt; denn, heißt es noch in einem spätern Rechtsbuche (Schw. Spiegel 75, 24.) „vor weltlichem Gericht sprechen die Richter nicht Urtheil. Das ist darum gesetzt, daß sie nicht alle weise Leute sind und viel gewöhnlicher ist, daß unter den Leuten alle, die vor ihm sind, viel weisere Leute sind, denn er ist;“ ferner (92, 4.) „der Richter soll gemeine Leute fragen um jegliche Sachen.“

5) Vergl. Maurer altd. GVerf. S. 8.

6) Sachs. Sp. 3, 52. 60, 26. Samml. der R. A. Th. I. S. 218. §. 8.

Und wenn vom König ein Gleiches nicht gesagt wird, so ist doch bekannt, daß auch er in den Sachen, worin er selbst richtete, entweder die ordentlich berufene Volksversammlung, oder Auserwählte aus den Freien und Getreuen, oder auch besondere Reichsschöffen um das Urtheil befrug, und gewiß in bestimmten Sachen nothwendig befragen mußte, wie z. B. im Fürstenrecht.

Alles dies ist durch neuere Forschungen [7]) so begründet und auch schon im Einzelnen so bekannt, daß es deshalb keiner nähern Nachweisungen bedarf. Wie kann sich aber die Trennung der richterlichen Gewalt von einer richtenden Intelligenz und die unter ihnen bestehende Harmonie oder Wechselwirkung deutlicher aussprechen als in diesen germanischen Institutionen. Nur bei einigen Erscheinungen wollen wir noch verweilen, da sie schon die Entstehung einer wissenschaftlichen Intelligenz neben der bisherigen blos volksthümlichen ausdrücken.

Wir begegnen nämlich bei den Franken sogenannten Sagibaronen, deren auf den Mahlstätten nicht über drei seyn sollen und deren Ausspruch in einzelnen Sachen für unumstößlich erklärt ist. Nach der am meisten einleuchtenden Ansicht, die auch Grimm bestätigt [8]), können wir darunter nur wahre Gesetzkundige, vielleicht besonders für die Sachen der Römer, verstehn, auf deren Ausspruch der Richter oder die Urtheiler in zweifelhaften, nicht aus dem Volksrecht zu entscheidendeu Fragen zurückgehen mußten. Und so findet sich in ähnlicher Art bei den Altbaiern und Alemannen ein gesetzkundiger judex neben dem urtheilenden Umstand, mit dem Rechtsbuch (später der baierische Gerichtsschreiber) wie bei den Friesen ein Asega. Wie sich hieran das Institut der Rechts-Einholungen anknüpfen lasse, bedarf nur einer Andeutung.

---

7) S. nun auch Grimm d. R. A. S. 750. ff.
8) a. a. O. S. 783.

Wir verlassen hier einstweilen unsere Vorfahren, um die Entwickelungsgeschichte der Rechtskunst bei den Römern uns einen Augenblick zu vergegenwärtigen.

Hier tritt uns nun eine vollkommene Anerkennung juristischer Intelligenz von Seiten der Staatsgewalt nicht sowohl in der auf Volksansicht und Gesetzen beruhenden Trennung der jurisdictio und judicatio entgegen, in so fern nämlich nur jene eigentlichen Beamten, diese aber von den Partheien selbst, unter Autorität des Staats, gewählten Urtheilssprechern überlassen war, als vielmehr in der freien Zuziehung gelehrter und kunstmäßig gebildeter Juristen von Seiten des magistratus sowohl als auch des judex privatus, mit einem Wort, in dem sogenannten consilium. Dann auch, in dem gesetzähnlichen Ansehn der responsa Prudentium. Auf diese Weise wirkten drei verschiedene Elemente treffend zusammen, jedes durch besondere Organe. Die Auctorität des Staats und des Gesetzes in dem Magistrat; gesundes, unpartheiisch ausgesuchtes Privaturtheil; beides wieder unterstützt und vermittelt durch den juristischen Beirath. In spätern Zeiten findet sich freilich nicht mehr ein solches Nebeneinanderwirken dieser äußerlich — geschiedenen Potenzen. Bekanntlich hörte gegen das vierte Jahrhundert der ordo judiciorum mit seinen selectis indicibus auf, der Urtheilsspruch selbst wurde dem Magistrate oder Oberrichter überlassen; aber wir finden ihn mit rechtskundigen consiliariis oder assessoribus umgeben; zu den höchsten Richterstellen gelangten überdies ohne Zweifel nur Männer von anerkannten juristischen Namen, und wenn auch die Kaiser selbst richteten und Urtheile sprachen, so wissen wir doch, daß sich in ihrem Auditorium, ihrem Hofgericht, eben solche Männer befanden.

Wie sich nun dieselbe Ordnung der Dinge auch der Rechts-Verfassung der kirchlichen Hierarchie mittheilte, ist bekannt genug, und, daß sie auch da nicht ausbleiben konnte, wo das römische Recht Eingang fand und die Rechtskunde überhaupt durch das Studium desselben zur Kunst wurde, leicht erklär-

lich. Die richterliche Qualification ward nun immer mehr eine gelehrte. Ungelehrte Richter verwieß man, in Deutschland wenigstens, auf die Hülfe der Rechtsgelehrten, d. h. der Doctoren und Fakultäten. Doch verschwanden sie immer mehr mit der Herstellung juristischer Ausbildung; die Rechts-Einholungen aber blieben auch dann noch, und gewiß zum großen Vortheil für Theorie und Praxis, die beide darin einen trefflichen Vereinigungspunkt finden, so daß nach keiner Seite hin eine Aufhebung des Instituts gewünscht werden kann, wenn auch einzelne Beschränkungen an ihrer Stelle seyn möchten. Die Fürsten richteten zwar noch bis ins vorige Jahrhundert in ihren Hofgerichten, Regierungen, aber immer mit Zuziehung von Rechtsverständigen. Auch diese unmittelbare Theilnahme hörte nach und nach auf. Zuerst wohl in England, wo es Princip ward, daß der Kanzler des Königs dessen Gerichtsbarkeit ausüben müsse; dann aber auch in den andern germanischen Staaten, theils vermöge besonderer Versicherungen und Verfassungs-Handfeste, theils stillschweigend durch Unterlassung. So viel ist gewiß, daß auch in Staaten ohne neue Verfassungs-Handfeste sich nicht leicht eine richterliche Behörde finden möchte, wo der Souverän selbst noch Recht zu sprechen pflegte. Man könnte sagen, die Staatsgewalten haben für gut befunden, der richtenden Intelligenz auch zugleich die richterliche Gewalt zu geben, und nur über das Wie und Wieweit der Delegirung finden rechtliche Verschiedenheiten unter den Staaten Statt, je nachdem es nämlich darüber verfassungsmäßige Bestimmungen gibt oder nicht.

Jedenfalls enthalten alle diese Erscheinungen zusammengenommen und im Einzelnen die unzweideutige Anerkennung einer besondern juristischen Intelligenz, deren Zuziehung bei der Rechts-Verwaltung durch natürliche Nothwendigkeit geboten, und daß die richterliche Gewalt des Staates nur mit dieser Hülfleistung vernunftgemäß sey; allein sie berechtigen uns nicht zu der weitergehenden Folgerung, als sey aner-

kannt: in jedem wohlgeordneten Staat muß ein von der höchsten Gewalt unabhängiges Richteramt zur Urtheilsfällung, mit einem unzubeseitigenden Anspruch auf Vollziehung der gesprochenen Urtheile bestehn, nur allein unter Oberaufsicht des Staates und mit Verantwortlichkeit wegen Pflichtverletzungen. Zwar mag dadurch strenge unpartheiische Gerechtigkeit, besonders in Sachen, wo der Staat selbst Parthei ist, mächtig geschützt und ein erhabener Zweck befördert werden. Aber sollte es denn in der That kein Widerspruch gegen die Einheit der Staatsgewalt, besonders der monarchischen seyn, einem eignen Stand im Staate die unumschränkte Ausübung eines wesentlichen Hoheitsrechts zu übertragen, und sollte es, wenn jene Unumschränktheit sich nicht etwa auf bloße Privatsachen bezogen gedacht wird, politisch so ganz gefahrlos seyn, einem Stande so viel einzuräumen? Wir wollen nicht an das oft gebrauchte Beispiel der französischen Parlamente, an die Inquisitionstribunale und dergl. erinnern; unser Richterstand hängt so vielfach mit dem Leben und mit der Staatsgewalt, trotz seiner ausgesprochenen Unabhängigkeit, zusammen, er wird durch andere Hoheitsrechte so sehr bewacht und seine physische Gewalt ist im Ganzen so klein: allein die Möglichkeit, zu weit gehende Anmaßungen, zur Mißkennung und Verletzung der Verfassung, bleibt immer stehn und wo werden wir, die wir so sehr nach Schutzwehren gegen Willkühr trachten, wo wird die Staatsgewalt selbst eine solche am Ende finden? In der Aufstellung eines höchsten (Cassations-) Tribunals? was aber doch auch wieder unabhängig seyn müßte? was also auch in solche Anmaßungen eingehen könnte? Wie entfernt nun auch solche Möglichkeiten liegen mögen, gestehen wir immerhin, ohne Bewunderer der Vorzeit, namentlich des Mittelalters zu seyn, jene bei den Römern und bei unsern Vorfahren wahrzunehmende organische Verbindung der richterlichen Gewalt und richtenten Intelligenz huldigt den Forderungen, welche die Rechte

der Staatsgewalt und die Freiheit der Bürger wechselseitig an einander machen können, weit mehr, als die jetzt fast überall mit wenig Ausnahmen bestehende organische Einheit oder Vereinigung der richterlichen Gewalt und richtenden Intelligenz im Richteramt. Wir wollen indeß zugeben, daß nach der Erfahrung jene Trennung wohl entbehrt werden könne, nur aber müssen wir dann an der Spitze der gesammten Rechtsverwaltung ein Cassationsgericht für nothwendig halten, dessen Vorsteher Niemand anders seyn kann, als der Souverän selbst, oder sein Delegat [9]), und dessen Entscheidungen nur das zum Gegenstand haben können, ob ein Urtheil einer ordentlichen Justizbehörde staatsgrundsätzlich zur Vollziehung geeignet sey? oder wir müssen dem Souverän auch ein solches Tribunal des Rechts zugestehn, in einzelnen Sachen unter Benutzung wahrhaft rechtskundiger und unpartheiischer Männer jene Prüfung, deren Gegenstände bald angezeigt werden sollen, selbst vorzunehmen und dann seinen souveränen Willen darüber auszusprechen.

Die richtende Intelligenz im Staat kann Nichts anders seyn, als der zulängliche Grad von Rechts-Cultur zur Entscheidung von Rechtshändeln, für deren Richtigkeit jene Gewähr leistet. In dem gegenwärtigen Zustande der Europäischen Staaten und unter den jetzigen Lebens-Verhältnissen kann das Recht nicht mehr als etwas allgemein Volksthümliches angesehen werden, dessen Kenntniß und Anwendung bei allen mündigen Männern vorauszusetzen wäre. Es wird also die Heranziehung einer besondern juristischen Intelligenz erforderlich und dieser gebührt nicht blos die Entscheidung von Rechts-, sondern auch von Sachfragen, theils weil sel-

9) So soll dem Cassationshofe zu Paris der Großrichter des Reichs in einzelnen Fällen vorsitzen, wie uns scheint, nach einem durchaus richtigen Princip, was auch dagegen declamirt wird.

ten eine reine Sachfrage in Rechtsstreiten vorkommt, welche völlig frei von allem juristischen Colorit wäre, theils weil kein Grund abzusehen, warum Männern von einer besondern (juristischen) Cultur die Fähigkeit, der Takt abgesprochen werden sollte, über Dinge des gewöhnlichen Lebens ebenfalls zu entscheiden, vorausgesetzt, daß aber ihre Bildung nicht einseitig, sondern, wie es beim Juristen seyn soll, für und mitten im Leben bewirkt worden ist. Aus diesem Grunde giebt es also auch kein Bedürfniß eines Geschwornen-Instituts, dessen einzelne gute Seiten wir übrigens in keiner Art verkennen wollen, wenn gleich gerade die ihm das Wort redenden Rücksichten — Unabhängigkeit, Unpartheilichkeit sich selten in der Wirklichkeit recht herausstellen möchten.

Jene juristische Intelligenz darf sich aber freilich auf der andern Seite nicht für eine in sich selbst durchaus feste, begründete, völlig selbstständige und untrügliche Kraft halten. Sie ist gebunden an die Gesetze des Staats, an das darin herrschende Recht, an die Regeln des Denkens und Urtheilens; und nur in so weit hat sie Anspruch auf Annahme ihrer Aussprüche, als sie überzeugende Gründe dafür darlegen, d. h. das Erkennen und Bewußtseyn dieser Gründe auch bei Andern hervorbringen kann. Darin, (was bei Geschwornen aus dem Volk ebenfalls in der Regel entbehrt werden muß) beruht allein ihre natürliche Kraft. Am freiesten und gewissermaaßen aus sich selbst redend ist die juristische Intelligenz nur dann, wenn der Richter von den positiven Rechtsverhältnissen — es sey dies auf geschriebenem Gesetze oder auf Gewohnheit beruhend — selbst erst den leitenden Rechtssatz ausmitteln muß. Hier entscheidet allein gründliche Wissenschaft, die der Richter zur Evidenz zu entwickeln vermag, oder die sich wenigstens mit dem unpartheiischen, in sich motivirten Zeugniß wahrer Rechtsgelehrten beurkunden läßt. Auf keinen Fall dürfen wir aber den letztern einen unbedingten Vorzug vor gründlicher Selbst-Entwickelung zu-

gestehn, wo es keine gesetzliche auctoritas prudentium, wie ehedem bei den Römern, weiter giebt [10]).

---

10) Es sey hier erlaubt, über die Bedeutung der sogenannten Praxis und des Ansehens der Rechtslehrer in der gemeinen deutschen Jurisprudenz eine kurze Abschweifung zu machen. Wir sind durch das römische Recht (l. 35. 38. D. de Legg. SCtis cet.), wo uns bestimmte gültige Gesetze und deren Analogien verlassen, oder unzweifelhafte consensu populi bekräftigte Gewohnheiten, auf res *perpetuo* similiter judicatas gewiesen. Diese haben (als eine Art des Gewohnheitsrechts) virem legis, eben so wie die traditionelle Erklärung dunkler Gesetze, l. 73. D. eod. Alles Uebrige fällt der wissenschaftlichen Ergründung anheim. Es ist nun bekannt, wie sich zum Nothbehelf für dieselbe, oder vielmehr zur Verdrängung derselben nach der Glossatoren-Schule, seit Bartolus besonders s. g. communes opiniones Doctorum geltend zu machen suchten. Erst nach langem Kampf erhielt die lebendige fortwirkende Wissenschaft ihr natürliches Recht zurück gegen die Anmaßungen der communis opinio, nun aber trat, weil jene nicht Allen, wenigstens nicht in allen Stücken, zugänglich ist, als eine Brücke für die Praxis das Berufen auf Meinungen einzelner Juristen oder Rechts-Collegien, unter dem Namen der Praxis, leichter und gefährlicher, meistens auch unbegründeter noch, als die communis opinio ins Leben, und hiergegen hat nun die selbstthätige Wissenschaft so oft zu kämpfen. Gewiß ist es sehr unrecht, die Freiheit der letztern dadurch niederschlagen zu wollen, daß man Meinungen von angesehenen Rechtsgelehrten oder Rechts-Collegien einseitig für begründetes Recht ausgibt, womit man alle Einsprüche wissenschaftlicher Forschung abzuweisen glaubt. Möge man sich immer an jene, als an Leitfaden, als Vertreter der Wissenschaft halten, nur wolle man nicht das Weitergehen dieser hemmen. Die deutschen Gerichte sind weder, wie die englischen, an precedents (wenn es nicht res perpetuo similiter judicatae sind), noch, wie die altrömischen, an responsa prudentium gebunden, sondern lediglich an die Wissenschaft gewiesen. Diese ist aber nichts Stabiles, insofern durch höhere Cultur immer neue und andere, als die bisherigen Resultate gewonnen werden können. Es wäre doch seltsam, wenn man genöthigt werden sollte, einer Meinung zu huldigen, die evident in ihrer Construction falsch ist. Nur, wo sich die Meinung schon in ein wahres Gewohnheitsrecht verkörpert, oder in rebus perpetuo similiter judicatis schon ausgesprochen hat,

Beschränkt ist die richtende Intelligenz ferner nur auf dasjenige Gebiet, welches sich durch die dabei vorauszusetzende Wissenschaft wirklich begründen läßt. Was einer fremden Wissenschaft oder Kunst nur allein möglich ist zu ermitteln, das muß auch dieser vom Richter anheim gegeben werden, d. h. anerkannten Sachverständigen. Bekannt genug ist der noch für unentschieden gehaltene Streit, ob das Urtheil der Sachkundigen den Richter absolut binde, sowohl im Criminal- als Civilproceß. Wir meinen — wohl mit den Meisten — daß, gleichwie aller Beweis und alle Entscheidung auf der Hervorbringung einer bestimmten Ueberzeugung durch einleuchtende Gründe beruht, also auch dem Richter kein Gutachten, keine Ansicht aufgedrungen werden kann, wofür ihm keine hinreichende Gewährleistung durch Gründe von den Sachverständigen gegeben wird.

Endlich aber behaupten wir in gleicher Art, daß, da die Richter nur durch die innere Rechtfertigung ihrer Urtheile aus Gründen, so die juristische Intelligenz an die Hand giebt, auf Gemeingültigkeit derselben Anspruch erhalten und sie nur durch den Staat executorisch sind, diesem keine Verbindlichkeit beigemessen werden kann, Urtheile, deren Gründe keine hinreichende Ueberzeugung für ihre Richtigkeit gewähren, zu vollziehen, sofern dabei das öffentliche Interesse berührt wird; daß vielmehr die Staatsgewalt an sich befugt

---

darf freilich die Wissenschaft nicht mehr rütteln wollen, durch mißbräuchliche Anwendung von l. 39. D. l. c., oder aus dem Kreise des Ideellen heraustretend, äußere Observanzen der Gerichte reformiren wollen. Anmaßungen der Wissenschaft von dieser Art, die besonders von jüngern Juristen ausgehen, müssen mit Recht den wahren Praktiker erzürnen. Uebrigens aber hat die Autorität der Wissenschaft in unserer deutschen Jurisprudenz Etwas sehr Edles und Herrliches, als reine, natürliche Huldigung der Wahrheit und Intelligenz. Uebereinstimmende Ansichten über diesen Gegenstand wird man bei H. Cocceji de eo quod justum est in dubio et de genuina praxi juris (Exercitt. curiosar. Vol. II. p. 690. sqq) und den dort angeführten großen Praktikern, Zasius, Reinking, Carpzov u. A. finden.

seyn muß, ihre Execution zu suspendiren [11]), und in so fern eine Entscheidung durchaus nothwendig ist, eine Revision durch andere Organe der richterlichen Intelligenz zu veranstalten [12]).

Am schwierigsten ist die Bestimmung der jedesmaligen Organe der richtenden Intelligenz; ob insbesondere vorzuziehen sey, Rechtssachen durch Einen (wenn auch mit Hülfe Anderer) oder durch Mehrere entscheiden zu lassen (büreaucratisch, oder collegialisch)? Gründe finden sich für jedes dieser Systeme in Menge, vielleicht aber auch für beide nebeneinander. Uns will wenigstens überaus einleuchten: daß, so wie ein Gesetz, ja ein ganzes Gesetzbuch, am meisten und besten aus einem Kopf immer hervorgehen wird, also auch das eigentliche Rechtsgesetz für einzelne Rechtssachen am besten durch die Intuition und Erwägung eines Einzelnen gefunden werden möge, wobei freilich der Rath und das Auge anderer Unterrichteter auch ihre Dienste leisten können; daß dagegen die Frage über Thatsächliches aus den jedesmal vorliegenden Beweisen sicherer der Entscheidung von Mehreren mit gleichen Stimmrechten überlassen werde. Was bei Tacitus (Ann. III, 10.) in dem Sinne eines Angeklagten gegen Letzteres bemerkt wird: vera aut in deterius credita judice *ab uno* facilius discerni, odium et invidiam apud *multos* valere: mag damals wahr gewesen seyn; auf unsere Zeiten und Richter paßt es im Allgemeinen nicht; und schon Plinius sagt mit Recht: Melius omnibus, quam singulis creditur. Singuli enim decipere et decipi possunt, nemo tamen omnes, neminem omnes fefellerunt. Dahingegen

11) Wie z. B. im Fonk'schen Proceß geschahe.

12) Es versteht sich, daß hier nur von solchen Staaten die Rede ist, wo durch die Verfassung nicht unabweichbar ein Anderes festgesetzt ist und wo nicht gesetzlich ein geschlossener Rechtsgang besteht, der erst im Laufe eines Processes durch ein Specialgesetz geändert werden müßte, mit gänzlicher Hintansetzung der formellen Partheirechte.

spricht für die Bestimmung der Rechtspunkte durch Ein lebendig Organ nicht allein das glänzende Römer-Beispiel selbst hinsichtlich der judicia ordinaria, als auch noch jetzt in der englischen Gerichtsverwaltung das Tribunal des Lord-Kanzlers und der ihm zugeordneten Magistrate, des Master of roles und Vice-Kanzlers. Ein Oberrichter, auch für größere Bezirke, ausgesucht aus den besten, erfahrensten Rechtsgelehrten, verantwortlich für seine Rechtssprüche, wird weit eher eine viva vox juris civilis seyn, als ein oft in seinen Gliedern wechselndes und wegen der Verschiedenheit der darin gewöhnlich herrschenden Ansichten beinahe einem Chamäleon ähnliches Collegium; er wird auch leichter als dieses eines geflissenen Rechtsbruchs überwiesen werden können. Die Richtigkeit der erstern Bemerkung muß schon um deswillen einleuchten, weil das Recht ein kettengliedartiges Ganzes ist, auch die Rechtskunst, eben so wie jede andere Kunst, nur in Einzelnen Köpfen zur Meisterschaft gedeihen und in der lebendigen Anwendung nur verlieren kann, wenn mehrere Köpfe, jeder nach eigenen Ansichten dabei zusammenhandeln sollen. Ein System muß nothwendig die Anwendung der Kunst bestimmen. Wer aber Erfahrungen in collegialischen Abstimmungen über Rechtsfragen gesammelt hat, der wird wissen, wie wunderlich sich oft die Meinungen durchkreuzen und widersprechen, nach der Eigenthümlichkeit der Systeme oder Ansichten, denen jeder Einzelne huldigt; und doch muß am Ende ein Resultat, eine collegialische Meinung daraus mechanisch geschaffen werden! Nur selten gelangen Richter-Collegien zu wahrer innerer Einheit in den Rechtsprincipien, und das jetzige Leben in der Jurisprudenz giebt schwerlich der Hoffnung Raum, daß man solcher Einheit immer näher gelangen werde. Daher hatten auch bei den Römern in früherer Zeit nur einhellige, einander nicht widersprechende, responsa prudentium, wahre auctoritatem juris, nach Gajus I, §. 7.

Anders verhält es sich mit der Entscheidung über thatsächliche Wahrheit. Denn da diese juristisch nur das Resultat

subjectiver Ueberzeugung aus darlegbaren, zureichenden, objectiven Gründen seyn kann: so wird auch die Annahme einer Thatsache immer um so sicherer seyn, wenn sie auf mehrfacher Ueberzeugung, als auf der eines Einzigen beruht.

Sehen wir nun auf das wirklich in den Staaten ehemals und jetzt noch Bestehende, vergleichen wir die Systeme der verschiedenen Gerichts-Verfassungen, so finden wir fast überall der collegialischen oder collectiven Entscheidung den Vorzug gegeben und zwar bei den meisten auch ohne Unterschied zwischen Rechts- und Sachfragen, welches unstreitig mit dem Zustande der Gesetzgebung und Rechtsnormen in Verbindung steht. Einer Trennung wird es nämlich da am wenigsten bedürfen, und auch selbst der Rechtspunkt einer collegialischen Entscheidung füglich überlassen werden können, wo sich beinahe für Alles geschriebene Rechtsnormen vorfinden, das Recht also weniger gesucht zu werden braucht, die meisten Zweifel auch nur die Auslegung betreffen. Wo aber das Recht mehr einer freien Entwickelung der Jurisprudenz überlassen ist, wie im republikanischen Rom, und jetzt noch in England auf gewisse Weise bei den Courts of equity, da erscheint das von uns oben angezeigte System unstreitig sachgemäßer und auch für manche deutsche Territorien möchte es noch passender seyn, als das rein collegialische. Wir werden indessen von den Ausnahmen absehend nur noch von diesen handeln.

Schon v. Sonnenfels hat irgendwo richtig bemerkt, daß, wenn Collegien die richtende Intelligenz repräsentiren sollen, ihre Aussprüche nur dann eine wahrhaft beruhigende Ueberzeugung gewähren können, wenn sie das Resultat der vollkommensten Uebereinstimmung, also einer Stimmen-Einhelligkeit sind; und daß selbst die Meinung der Mehrheit durch die entgegengesetzte Ueberzeugung einer Minderzahl zweifelhaft werden müsse. Und in der That, so wie kein Individuum, welches zugleich Gründe hat, Etwas für wahr zu halten, aber auch Gründe, es zu bezweifeln, hiernach die

bestimmte Ueberzeugung der Wahrheit aussprechen kann, so sollte es wohl auch kein Collegium können, welches eine moralische Einheit darstellen soll, wenn eine Einheit in seinen cooperirenden Gliedern nicht vorhanden ist. Indessen ist diese Vergleichung keineswegs völlig passend. In dem Beispiel des Einzelnen ist ein Streit des Objectiven schlechthin, in dem Collegium ist es mehr ein Streit der Subjectivitäten, der subjectiven Auffassung, der der Principien. Daß alles Objective denselben Eindruck auf alle Menschen machen solle, daß alle dasselbe für recht oder schön erkennen sollen, kann nie erwartet werden. Hier bleibt kein anderer Ausweg, als die Subjectivitäten arithmetisch abzuzählen und der Glaube, daß sich das Vernünftigere, das Bessere, die Wahrheit, immer bei der Mehrheit unter sonst auf ziemlich gleicher Stufe stehenden Individuen geltend machen werde und daß daher auch schon die Mehrheit eines richterlichen Collegiums die richtende Intelligenz genügend repräsentiren könne [13].

Entscheidung durch absolute Stimmen-Mehrheit ist daher auch immer das vorherrschende Gesetz der Völker in allen Zeiten gewesen [14]. So bei den Griechen, besonders bei den Athenern [15], wie bei den Römern [16], so auch bei den Deutschen [17]. Als Ausnahmen von der blos einfachen absoluten Stimmen-Mehrheit sind uns nur diese bekannt:

---

13) Nicht aber läßt sich mit Klein, Annalen XXIV. S. 94. ff., sagen: alle Wahrheit sey nur approximativ.

14) Appian schon sagt: ἔστι δ' ἔν τε χειροτονίαις καὶ δίκαις ἀεὶ τὸ πλέον δικαιότερον. Vergl. auch H. Cocceji de eo quod i. e. circa numerum suffragior. l. c. Vol. II. p. 706. ff.

15) S. meine Athen. GVerf. S. 52. 330.

16) Vergl. l. 36. D. de Re jud. außer vielen andern Stellen.

17) S. u. A. Grimm d. R. A. S. 777. ff. „Die mehreste Menge." Sieben gegen fünf von Zwölfen. Eigen war es, daß zufolge des Schw. L. R. 84, 7. der Richter, wenn außer ihm noch wenigstens drei über die Unrichtigkeit eines von den Schöffen gefundenen Urtheils einverstanden waren, dasselbe ver-

Bei den Hebräern soll zufolge eines Commentators zu Exod. 23, v. 1. 2. zur capitalen Verurtheilung eines Menschen wenigstens eine Stimmen-Mehrheit von Zweien erforderlich gewesen seyn. Eben so war eine wenigstens in Zwei Stimmen beruhende Mehrheit nach Airault (Aerodius Rer. jud. Pand. V, 22, 4.) zu verurtheilenden Beschlüssen des Pariser Parlaments erforderlich. Dann aber gehört nach der Preußischen Criminal-Ordnung von 1805 §. 394. 395. sogar ein Stimmen-Uebergewicht von ⅔ zu einem Todesurtheil, wenn der Angeklagte nicht selbst geständig ist.

Daß zu einem Verdict der englischen und nordamerikanischen Jury Stimmen-Einhelligkeit gehört, ist eine Ausnahme einzig in ihrer Art, aber auch bekannt, daß diese Einhelligkeit oft nur eine unfreie ist.

Gewiß verdient dieser Gegenstand die volle Aufmerksamkeit der Gesetzgeber, die zum Theil auch statt der früheren Gleichgültigkeit, welche darüber in Deutschland besonders herrschte, schon rege geworden ist. Allerdings muß es bedenklich machen, einen z. B. mit sieben gegen fünf Verurtheilten eben so zu behandeln, dieselbe Ueberzeugung von seiner Schuld zu haben, wie bei einem von Zwölf einstimmig Verdammten. Die französische Criminal-Gesetzgebung hat daher auch hierüber vielfach experimentirt. Nach dem Code vom Brumaire Jahr 4. waren neun von zwölf Stimmen, also ¾ erforderlich, um gegen den Angeschuldigten zu entscheiden. Erschien diese Entscheidung dem Tribunal offenbar irrig, so konnte es drei Additional-Geschworne den Zwölfen noch beigesellen, und nun waren Zwölf gegen drei Stimmen nöthig, um die Verurtheilung aufrecht zu erhalten. Daß darauf der Code von 1808 einen Angeklagten schon mit 8 gegen 4 Stimmen unter zwölf Geschwornen, also mit ⅔, verurtheilen ließ,

---

werfen und ein anderes fordern, oder die Sache an den höhern Richter bringen konnte. Aehnliches ertheilt die C. G. O. von 1555. Th. I. Tit. 13. §. 10.

außerdem aber auch mit 7 Geschwornen + 2 Richterstimmen, gegen 5 Geschworne + 3 Richter, also mit 9 gegen 8 von siebenzehn, war eine völlig bodenlose Anordnung. Und nicht viel besser ist es, nach dem neuesten Gesetz von 1821, wonach 8 gegen 4 Geschworne verdammen können, und außerdem noch 7 Geschworne + 3 Richter gegen 5 Geschworne + 2 Richter, wogegen 5 Geschworne nebst 3 Richtern gegen 7 Geschworne und 2 Richter, also acht gegen neun, absolviren. Bei der hieraus erhellenden Unerfindlichkeit eines neuen, wahrhaft beruhigenden Princips scheint es das Beste, sich an das uralte Völkergesetz der einfachen Stimmen-Mehrheit zu halten; es muß aber der Staat für wichtigere, und zum wenigsten für Criminalsachen, eine bestimmte gleiche Zahl von Richtern niedersetzen und heischen, damit wenigstens zu Verurtheilungen eine Mehrheit von zwei Stimmen gegen die Minorität für die Majorität streite, und so wenigstens in Zweier Mund und Urtheil numerisch abgezählt, jederzeit die Entscheidung gelegt werde. (In ore duorum vel trium testium stat omne verbum.) Zwölf ist die germanische Normalzahl. Warum sie verlassen? Oder wie verantworten, daß, weil z. B. von 10 Criminalrichtern nur 9 gerade in der Session anwesend sind, ein Mensch mit 5 Stimmen gegen 4 zum Tode verurtheilt wird?

Nur durch wirkliche Stimmen-Mehrheit kann sich, zufolge des Bisherigen, die richtende Intelligenz bei Richter-Collegien wahrhaft aussprechen. Wo jene fehlt, da kann nur noch Klugheit und weise Mäßigung ein Endresultat vermitteln. Denn wo etwas Seyendes oder ein nothwendiges Princip nicht zu erkennen ist, da bleibt es nur Sache des Verstandes, das Bessere, und Unschädlichste ohne bedenklichen Eingriff in mögliche Interessen und Rechte zu ordnen. Hierin liegt denn auch das Gesetz für den Fall einer Stimmengleichheit, der νόμος ἰσοψηρίας, so wie für den Fall mehrfacher Meinungs-Verschiedenheit ohne entscheidende Stimmen-Mehr-

heit. Wir sprechen zuerst von jenem, bei den Juristen so oft unter dem calculus Minervae gemeint [18].

Daß vollkommne Stimmengleichheit, oder zwei durch die Zahl der Stimmführer sich gänzlich das Gleichgewicht haltende Meinungen, von denen die eine affirmirt, die andere negirt, gar keine rechtliche Veränderung in dem Bestande der Dinge motiviren darf, ist eine nothwendige Folge des, der richterlichen Collegial-Verfassung, zum Theil auch der proceßualischen Beweistheorie zum Grunde liegenden Princips: daß, was von eben so vielen einander gleichstehenden Gezeugen der Wahrheit behauptet und wechselseitig bestritten wird, für ungewiß gehalten werden und außer rechtlichem Betracht bleiben muß. Es ist damit gar nichts gewonnen oder entschieden. Aber freilich mit diesem blos negativen Ergebniß wird man sich nicht in jedem Falle begnügen können, wenn die Sache nothwendig eine bestimmte letzte Entscheidung fordert, die für die Zukunft jede Ungewißheit beseitigt. Ist nun aber eine solche Nothwendigkeit in gerichtlichen Streitsachen vorhanden? Allerdings, denn der Zweck der gerichtlichen Urtheile ist gewisse Feststellung des Verhältnisses der Partheien unter sich, oder zum Staat und gegen ihre Mitbürger. Sie würde unterbleiben, wenn man die zu entscheidende Frage noch immer in suspenso lassen wollte, auf fernere Aufklärungen hoffend. Jeder hat das Recht, so lange für gut und rechtlich gehalten zu werden, als ihm nicht das Gegentheil bestimmt nachgewiesen ist. Also entweder Schuld oder Nichtschuld des Beklagten muß angenommen, seine Verurtheilung oder Freisprechung darnach erkannt werden. Alle Ampliationen und vorläufige Freisprechungen

---

18) Die erheblichen Bearbeitungen dieses Gegenstandes sind von Hugo Grotius de J. B. a. P. II, 5, 18. J. G. Böcler, de calculo Minervae in ej. Dissertt. Acad. Vol. I. p. 200. seqq. J. Cocceji Vol. exercitatt. cur. II. p. 700. sqq. J. U. von Cramer, in s. Opusc. T. II. p. 424. sqq.

ohne gewisse Aussicht zu neuen Aufklärungen, sind widerrechtlich. Darum ist man auch von jeher bei gleichgetheilten Stimmen über Schuld und Nichtschuld des Beklagten keineswegs dabei stehen geblieben, ihn blos für jetzt aus der Sache zu setzen: sondern man hat den parentibus sententiis gleiche Bedeutung mit einer überwiegenden absolvirenden Mehrheit beigelegt, wenn schon mit der natürlichen Beschränkung, daß dem Kläger keine calumnia beigemessen werden kann, da ja auch er einer solchen Schuld nicht überführt ist [19]. Jenes Gesetz erscheint als uralte Völkersatzung in der Sage von dem Gericht über den Muttermörder Orest und von einem andern über Mars im Airopag [20], wovon jene, unstreitig die ältere und gehaltvollere, so lautete: Orest sey auf die Anklage der Erinnyen im Areopag gerichtet worden, unter dem Vorsitze der Göttin der Weisheit selbst, Pallas Athene. Ein und dreißig Athenische Männer stimmten, aber auch die Göttin selbst gab dazu ihre letzte Stimme, für Freisprechung. Als nun gleich viele verurtheilende und freisprechende Stimmen, 16 : 16, gezählt wurden, erklärte sie Orest für entbunden von aller Anklage, nach dem Gesetz der Stimmen-Gleichheit, das sie fortan allen Sterblichen verkündete [21]. Doch auch die Erinnyen werden ehrenvoll entlassen.

Zweierley soll unstreitig dieser Mythos ausdrücken: Erstlich: daß bei gegeneinander kämpfenden Ueberzeugungen von Schuld und Nichtschuld, oder doch verzeihlichem Handeln nur Weisheit vermittelnd entscheiden kann [22]; und diese gebietet, die Anforderungen der Gerechtigkeit menschlichen Zweifeln und den Rücksichten der Schonung und Mäßigung aufzuopfern; Zweitens: völlige Stimmen-Gleichheit über Schuld

---

19) Pares sententiae pro utroque sunt. Quinctil. Decl. 254. Vergl. Böcler l. c. p. 230.

20) Varro b. Augustin de civit. Dei XVIII, 10.

21) Euripid. Iphig. Taur. v. 961. Electra v. 1268.

22) Vgl. Cicero pro Milone c. 3.

und Nichtschuld wirkt vollkommene Freisprechung für den Beklagten [23]), wenn auch ohne Vorwurf für den Kläger. Und so hat man in der That den letztern Fall (der Stimmen-Gleichheit) durch eine milde Inconsequenz, in den meisten alten und neuen Rechts-Verfassungen, die alte germanische etwa ausgenommen, einem noch höhern Gesetze untergeordnet, welches so lautet: daß im Zweifel immer jedwede Sache nach der günstigsten Ansicht für den Beklagten zu entscheiden sey; allgemein gültig für die Strafgerichte, mit wenigen Ausnahmen auch für die Civilgerichte. Es ist das Gesetz der Humanität und Eusebia, und herrscht vornehmlich auch im römischen Recht [24]). Sein Grund ist, quod semper quicquid dubium est, humanitas inclinat in melius, wie Seneca sagt, oder daß Niemand ohne die bestimmteste Probe einer Schuld geziehen werden dürfe.

Hiermit ist denn aber auch zugleich entschieden, daß, wenn über größere oder mindere Schuld die Stimmen der Richter gleich getheilt sind, die dem Beklagten günstigere Meinung den Vorzug erhalten müsse [25]).

Einer schließlichen Betrachtung bedarf jetzt noch der Fall einer mehrfachen, nicht blos zwiespaltigen Dissonanz der richtenden Stimmen, ohne daß für **Eine** absolute Mehrheit sich ergiebt [26]). Schon das Alterthum hat sich hiermit beschäf-

---

23) So heißt es von Orest bei Aeschylus in den Eumeniden: νικᾷ δ' Ὀρέστης, κἂν ἰσόψηφος κριθῇ.

24) S. l. 125. 192. D. de D. R. J. l. 38. D. de re jud. l. 5. D. de poenis.

25) Paulus sent. rec. IV, 12, 5. Inter pares sententias clementior severiori semper praefertur, et certe humanae rationis est, favere misericordibus et prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus. So auch der Art. 347. u. 583. des Code d' J. crim. von 1808. En cas d'égalité de voix l'avis favorable à l'accusé prévaudra.

26) Von der großen bei Lipen und seinen Fortsetzern (s. v. Suffragium und Votum) nachgewiesenen Literatur über diesen

tigt, ob es aber darüber bei unsern Richter-Collegien schon zu einer entscheidenden haltbaren Praxis gekommen sey, davon ist man im Allgemeinen wenig unterrichtet und fast möchte sich daran zweifeln lassen. Das geheime Wesen der richterlichen Berathungen hilft hier ohne Zweifel manche Willführ verdecken [27]).

Vor Allem leuchtet ein, daß, da ein collegialischer Ausspruch das Resultat von Stimmen-Einhelligkeit, oder doch einer überwiegenden Mehrheit, mindestens Gleichheit seyn soll, die Hervorbringung eines solchen auf erlaubtem Wege, durch Discussion also namentlich, versucht werden muß; daß demnächst die wirklichen Vereinigungspunkte Aller oder der Mehrheit zu ermitteln sind, und daß endlich, wenn auch solche Vereinigungspunkte nicht zu finden wären [28]), nach Analogie der zuvor erörterten Grundsätze entweder gar nichts rücksichtlich der vorliegenden Anträge als entschieden anzunehmen ist, oder wenn doch die Sache nicht in solcher Unentschiedenheit bleiben kann, dasjenige, was im gegenwärtigen Zustande der Dinge am wenigsten ändert, zuletzt was dem Beklagten am vortheilhaftesten ist. Für gänzlich unzulässig

---

Gegenstand, die sich übrigens großentheils auf deutsch-publicistische Fragen bezieht, haben wir hauptsächlich nur folgende Schriftsteller zu benutzen für erheblich finden können: H. Cocceji, l. c. v. Cramer (de eo q. i. e. circa votor. disparitatem. Opusc. t. II. p. 438. seq. Wentz, de remed. quib. existente pluralitate votor. ad sent. pervenitur. Basil. 720. Unbedeutender erscheinen die Abhandlungen von Wildvogel, Schweder, Tabor, Tenzel u. v. A. Daß uns W. Seuffarth de finib. c. jus definiendi etc. Lips. 1818. und Wendt de suffragior. calc. Erlang. 1821. nicht zur Hand war, konnten wir nur bedauern.

27) Wie wenig genau man es gerade hiermit bei den Gerichten genommen hat, und mit welcher Willführ man oft verfahren ist, beweiset u. A. Hubers Eunom. jur. R. p. 219. sqq. ed. Franequ. 1700. 4.

28) Was Quinctilian sagt: idem sentientes compara. Non idem sentientes non potes jungere. Declam. 365.

und verwerflich aber ist die Meinung zu halten, wornach schon relative Stimmen-Mehrheit soll entscheiden können, wiewohl Cajus und Cramer u. A. [29]) sie zu vertheidigen gesucht haben. Denn da nach dem Vorausgegangenen nur ein numerisches Uebergewicht von Stimmen einen collegialischen Schluß begründen kann, hingegen auch die relativ größte Mehrheit immer mehr Stimmen gegen sich, als sie selbst für sich hat: so kann sie schlechterdings keinen Ausschlag geben.

Die Anwendung und Rechtfertigung der aufgestellten Regeln läßt sich nun am besten in einzelnen Beispielen geben, wobei wir die bei den Alten schon vorkommenden benutzen.

1. Gesetzt, ein Angeklagter wird, wie bei Plinius (Briefe 8, 14.) vorkommt, von einem Theil der Richter zum Tode, von einem andern zum Exil verdammt, von einem dritten aber völlig freigesprochen, ohne daß ein Theil die absolute Mehrheit ausmacht, oder wenigstens die Hälfte des Collegiums, für Freisprechung stimmt: so ergiebt eine Zergliederung dieser verschiedenen Urtheile nach ihren Prämissen oder Motiven auf den ersten Blick und würde auch sofort bei genauerer Abstimmung sich ergeben — was man etwa jetzt sententiam dicere nennen könnte, abweichend von der römisch-technischen Bedeutung: daß die Mehrheit Schuld und Strafbarkeit annehme, und nur die Minderzahl für Straflosigkeit sey. Hierin würde sie also der Mehrheit weichen müssen. Ist nun blos von einer arbiträren Strafe die Rede, was natürlich in unserm Falle vorausgesetzt werden muß, und würde sich bei fernerer Abstimmung über das zu wählende Strafmaaß noch immer keine absolute Mehrheit ergeben, bliebe ein Theil bei der Capitalstrafe, ein anderer beim Exil und wollte sich der dritte auf gar keine irgend zu rechtfer-

29) Leider hat sich der Verf. des Gegenw. durch solche Auctoritäten verleiten lassen, in seinen Institutionen des Civilproc. S. 243. der relativen Mehrheit eine rechtliche Bedeutung zuzugestehen.

tigende Strafbestimmung einlassen: so müßte Exil, als das gelindere Strafübel, verhängt werden [30]).

Wie aber würde in Civilsachen das Resultat zu gewinnen seyn, wenn z. B. auf eine Erbschafts-Petition ein Theil der Richter den Beklagten zur Herausgabe des ganzen Nachlasses, ein anderer Theil nur zur Herausgabe der Hälfte verurtheilen, ein dritter ihn gänzlich freisprechen wollte? Hier ist gänzliche Verschiedenheit der Meinungen, weit anders als im vorhergehenden Falle. Denn wenn gleich zwei Theile des Collegiums in der Annahme eines Erbrechts an sich, d. h. dem juristischen Begriffe nach, und auch in der Hälfte des physischen Objects übereinkommen: so ist doch klar, daß sie jeder ein ganz verschiedenes Rechtsverhältniß (causa remota actionis von den Neuen genannt) annehmen, also der Intention nach, über welche doch zu entscheiden ist, — unter sich völlig differiren. Es würde daher bei solcher Dissonanz die Regel der l. 38. D. de R. J. anzuwenden und der Beklagte freizusprechen seyn.

Leichter lassen sich Meinungs-Verschiedenheiten der Votanten über Beweis-Resultate zu einem endlichen Beschluß durch Stimmen-Mehrheit oder Gleichheit vereinigen. Die Frage ist hierbei immer nur die, ob ein gewisser Beweis geführt sey oder nicht. Mehr als zwei Meinungen können also vornehmlich nur bei den einzelnen Beweisgliedern entstehen, in welche sich das Thatsächliche auflöset. Man wird nun nach dem Beweise aller einzelnen wahrhaft trennbaren Thatsachen zu fragen haben, und darnach über jede derselben den collegialischen Schluß bilden müssen; z. B. bei einem Verbrechen zuerst über die Hauptthat und dann über die etwaigen Neben-Umstände, oder zuerst über das corpus delicti, dann über

30) Auf dasselbe Resultat sind bei diesem Falle die meisten gelangt, nur häufig aus Gründen, welche nicht einleuchten wollen. M. s. Nerius Anal. I, c. 30. in Otto's thesaur. t. II. und Otto selbst in praefat. ad T. II. p. 15. Ferner Arrodius Pand. R. jud. V, 22, 6.

die Thäterschaft, die Imputativität, die mildernden Umstände u. s. w. Gegen die Statthaftigkeit solcher Trennung läßt sich auch nicht der geringste innere oder äußere Grund anführen [31]). Schwierigkeiten, die sich hierbei noch ergeben könnten, werden schicklicher unten erörtert werden.

2. Der andere Hauptfall ist: wenn ein Collegium zwar über die Verurtheilung des Beklagten wesentlich einverstanden ist, jedoch nicht über das Worin und Was. Und dahin gehört das Meiste, was besonders von ältern Juristen über unsern Gegenstand bemerkt worden ist.

Ein erstes Beispiel dazu findet sich in l. 27. §. 3. *D.* de recept. „quaeritur apud Julianum si ex tribus arbitris unus XV, alius X, tertius V condemnent, cui sententiae stetur? et Julianus scribit, quinque debere praestari, quia in hanc summam omnes consenserunt." auch bei wirklichen Richtern anwendbar, nach l. 38. §. 1. D. de R. jud. „si diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit." Mehrere Juristen der ältern und neuern Schulen haben diese Entscheidung angegriffen — z. B. Bartolus, Gröneweg, selbst Grotius (flor. sparsio ad d. l. 27.) — und behauptet, daß, wenn 2 Richter in 10, und einer nur in 5 verurtheile, ebenfalls nach dem Grunde Julians die letzte Summe angenommen werden müsse. Und in der That zeigt dadurch Accursius die Absurdität des Entscheidungsgrundes; von einem wirklichen consensus der drei arbitri kann wohl kaum die Rede seyn, wenn nicht etwa Julian an den Fall einer völlig willführlichen aestimatio einer bestimmten Sache durch arbitratores dachte; denn da läßt sich sagen, wer eine Sache zu 10 schätzt, der schätzt sie physisch und wohl auch intertionaliter doch zum wenigsten auch auf 5. Wenn dagegen

31) Richtige Bemerkungen hierüber s. bei Klein Annalen XXIV. S. 84. ff.

ein Richter ein Darlehn nur auf 5, ein anderer auf 10, ein dritter auf 15 gültig anerkennt, so ist hier unstreitig ein sehr erheblicher Dissensus und kein Consensus in Hinsicht der Intension vorhanden, wo sich der Grund Julians kaum rechtfertigen möchte. Für solche Fälle bleibt denn ohne Zweifel nur das Princip übrig, daß die dem Beklagten günstigste Meinung den Ausschlag gebe, also natürlich für die minima summa [32]).

So auch in Strafsachen für das gelindeste Strafübel. Wenn daher bei Gellius (N. A. 9, 15.) von sieben Richtern zwei auf Exil, zwei auf Geldbuße, drei auf Capitalstrafe erkannten [33]), so mußte auf Geldbuße gesprochen werden; und es ist falsch, mit Cujas (Obs. 12, 16.) oder Cramer (Opusc. l. c. p. 447. 448.) auf eine bloße relative Mehrheit hin in jenem Fall der Capitalstrafe den Vorzug geben zu wollen. Streit kann freilich darüber entstehen, welche Strafe gelinder sey, als die andere, wenn das Gesetz nicht darüber bestimmt hat. Dann muß durch Stimmen-Mehrheit über die Frage entschieden werden. Sollte dies, wie allerdings denkbar, nicht möglich seyn, so wird der Fall ein ἄπορον, der auf besondere Art seine Lösung erhalten muß, wovon nachher.

Doch wenn nun unter mehreren Meinungen einige zwar über das genus poenae, nicht aber über die species oder den modus übereinstimmen und dann noch eine gelindere dritte Meinung sich ergiebt, wie z. B. in dem Falle, der in Heliodors Aethiopischem Roman vorkommt. Hier waren 2700 Stimmgebende. Siebenzehn Hundert waren für Todesstrafe, jedoch zum Theil für κατέλευσις, zum Theil für das βάραθρον; Tausend wollten nur verbannen. Damals gab man

32) So hat es auch Cujas Observ. 12, 16. und v. Cramer a. a. O. pag. 449. richtig gefaßt. Eine abweichende Praxis erwähnt Huber Eunomia j. l. c.

33) Aehnlicher Fall bei Quintil. decl. 365. Libenius decl. 30.

der letztern Meinung, als der gelindesten, den Vorzug, vielleicht um deswillen, weil sich unter den angegebenen Todesstrafen keine Wahl treffen ließ, eine so schwer scheinen konnte als die andere. An und für sich würde man die Todesstrafe in einem solchen Falle als durch Majorität beschlossen ansehen müssen und nur nachträglich darüber abzustimmen haben, welches die gelindere Todesstrafe sey.

Mit den vorstehenden Erörterungen dürften denn alle erhebliche Fragen, welche sich bei unserm Gegenstande darbieten, erledigt seyn, und zwar aus einem einzigen Hauptprincip, ohne Zwang gegen Person oder Meinung, ohne Verletzung der Gleichheit, worin die Glieder eines Collegiums zu einander stehen müssen. Sollten sich dennoch unauflösliche Knoten schürzen, so ist es nicht das Loos, welches dann entscheiden muß, wie man unpassend zuweilen vorgeschlagen hat, sondern dann ist der einzige Ausweg ein Recurs an die Staatsgewalt, welcher eigentlich die letzte Bestimmung in jeder Sache gebührt, worin die Befragung der richterlichen Intelligenz kein, wenigstens auf Stimmen-Mehrheit gegründetes, Resultat gewährt hat und doch eine Entscheidung nothwendig gegeben werden muß. Wäre aber solcher Recurs nach der Verfassung unthunlich, auch kein anderer Ausweg darin vorgezeichnet, wie es z. B. hin und wieder ein Recurs an die Juristen-Facultäten ist, so muß das Collegium, bei seiner Verantwortlichkeit, für Justiz-Verweigerung und Verzögerung sich so lange und so ernst mit der Sache beschäftigen und gleichsam Zwang auflegen, bis ein collegialischer Beschluß wirklich gefaßt wird, tamdiu cogi, donec consentiant, wie es in einem ähnlichen Falle in l. 30. D. de lib. c. heißt [34]).

---

34) Kann ein Mitglied eines Collegiums auch eine, der Sache sonst angemessene Frage des Vorsitzenden verweigern oder eigenmächtig suspendiren wollen? Nein, bei seinen Richter-

Anziehend und lehrreich würde es nun noch seyn, die Uebereinstimmungen oder Abweichungen der einzelnen Staats- und Gerichts-Verfassungen, in Betreff der vorgetragenen Grundsätze, hier zusammen zu stellen. Und so weit uns für solche Compilation Hülfsmittel zu Gebote stehen, sey damit der Versuch gemacht.

Was zuerst das römische und canonische Recht, in Verbindung mit den deutschen allgemeinen Rechts-Gewohnheiten, betrifft, so sind darin, wie schon im Allgemeinen nachgewiesen ist, die oben beleuchteten Grundsätze auf das bestimmteste anerkannt, also Entscheidung durch (absolute) Stimmen-Mehrheit, bei Stimmen-Gleichheit oder gänzlicher Dissonanz pro reo. Hier fragt sich aber, ist unter dem reus jederzeit nur wörtlich der Beklagte oder Angeklagte (oder auch Wiederbeklagte) zu verstehen, oder läßt sich der Satz auch zuweilen zu Gunsten des Klägers anwenden, wenn nämlich es sich von solchen Vertheidigungsgründen des Beklagten handelt, die ihn selbst in die Rolle des Klägers versetzen, z. B. wenn er Exceptionen vorschützt, wenn er appellirt? Im Allgemeinen kann man wohl annehmen, daß der in der l. 38. pr. D. de R. jud. ausgesprochene Grundsatz: si dissonae sententiae proferantur, pro reo statutum obtinet, wörtlich von dem eigentlichen Beklagten genommen werden müsse, eben so wie die Worte von Gajus in l. 125. D. de R. J. favorabiliores rei potius quam actores habentur. Darnach wird man also in der Regel zu entscheiden haben, wenn es sich von einer letzten Entscheidung handelt, die entweder verurtheilen oder absolviren soll. Aber sollte das wirklich auch in den Fällen gelten, wo über die Richtigkeit der klägerischen Intention kein Zweifel weiter obwaltet und der Beklagte nur seine Freisprechung durch eine Einrede zu bewirken suchte, deren Beweis ihm gesetzlich obliegt, über dessen

---

pflichten nicht. Er würde sich ebenfalls der Strafe der Justiz-Verweigerung aussetzen.

Führung aber die Stimmen gänzlich getheilt sind? Es wäre möglich, daß die Römer nach ihrer, wenigstens vermuthlichen Art, die Sachen aus dem Ganzen zu entscheiden, hier einen Unterschied nicht gemacht hätten. Nach strenger juristischer Consequenz aber muß er allerdings gemacht werden. Es ist zu bestimmt gesagt, daß der Beklagte, indem er Einreden gebraucht oder Befreiungen behauptet, die Rolle des Klägers habe und nothwendig beweisen müsse [35]). Gelingt es ihm dann nicht, einem überwiegenden Theile seiner Richter den Beweis einleuchtend zu machen, so hat er nichts bewiesen und er muß die Folgen tragen. Vielleicht könnte man sich auf l. 47. D. de O. et A. beziehen wollen, wo es heißt:

> Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an liberetur. Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando, ex diverso ut facilior sis ad liberationem.

Diese Stelle enthält jedoch nur einen sehr allgemeinen Fingerzeig für den Urtheiler, welche Deutung er zweifelhaften oder zweideutigen Thatsachen zu geben habe, wenn vom Beweise einer Obligirung oder Liberirung die Rede ist, keineswegs eine bestimmte Anweisung, den vom Beklagten zu führenden Beweis der Liberirung bei vollständigen Beweismitteln in der Regel für geführt anzunehmen. Uebrigens würde sich das Collegium in dem gesetzten Falle vielleicht darüber vereinigen, durch einen nothwendigen Eid der Sache, als einer causa dubia, die letzte Entscheidung zu geben. Dann aber freilich neue Schwierigkeit, wem der Eid aufzutragen, wenn sich darüber zwei gleiche Meinungen bildeten. Caeteris paribus müßte hier der favor rei entscheiden. Wer ist der reus? Einige wollen auch hier den eigentlichen Kläger dafür gehalten wissen, weil bei Einreden der Beklagte die Rolle

---

35) Die Stellen sind bekannt. L. 1. D. de except. L. 19. D. de probat. L. 12. eod. etc.

des Klägers übernehme [36]); Andere glauben, daß nur der wahre Beklagte Anspruch auf vorzugsweise Begünstigung habe [37]). Wir glauben, daß es dem gemeinen deutschen Proceßrecht am gemäßesten sey, keinen durchgreifenden allgemeinen letzten Grundsatz zu Gunsten einer oder der andern Parthei hierüber aufzustellen. Die Frage, wem ein nothwendiger Eid aufzuerlegen sey, ist eine quaestio facti für das Richteramt in jedem einzelnen Falle, die Gesetze begünstigen dabei keine Parthei namentlich; sie wollen die Individualitäten berücksichtigt wissen [38]). Demnach würde also in dem oben angenommenen Falle wegen der völlig zweispältigen Ansichten auch von der Auferlegung eines Eides abgesehen werden müssen, Mangels einer definitiven Vereinigung, oder besonderer gesetzlicher Entscheidung, der man sich unbedingt unterwerfen müßte.

Eine ähnliche Schwierigkeit tritt wieder hervor, wenn der Beklagte wider eine ihm ungünstige Entscheidung ein Rechtsmittel gebraucht. Auch ein Appellant, Revident u. s. w. läßt sich wieder als ein Kläger betrachten; jedoch allerdings nur in formellen Beziehungen rücksichtlich des processualischen Ganges, oder in so fern er sich ausdrücklich nur auf bestimmte Gründe gegen das Vor-Erkenntniß beschränkt, und es nicht in allen seinen Grundlagen angegriffen haben sollte. Wenn aber Letzteres: so muß der höhere Richter, indem er über den Grund oder Ungrund des Rechtsmittels urtheilt, auf den Standpunkt des vorigen Richters treten; nicht wer-

36) S. v. Cramers Nebenst. Bd. 73. S. 73. und der das. ang. Lauterbach.

37) Seyfarts R. Proceß. S. 323. und die not. h. angeführten.

38) Vgl. die in meinen Instit. d. Civilproc. S. 235. not. 20. angegebenen Stellen des canon. Rechts, womit auch die gemeine Praxis harmonirt. Nicht unerheblich und sehr wahr ist auch, was Schilter in s. Praxis jur. Rom. Ex. XIII. §. 17. und XXIII. §. 61. ff. bemerkt hat, daß das deutsche Forum auch den Kläger gern begünstige, und nicht so unbedingt, wie das römische Recht, den Beklagten.

den die Rollen dergestalt vertauscht, daß auch Rechtsbegünstigungen von einer Parthei auf die andere übertragen würden. Gewagt möchte daher immer eine Verordnung seyn, daß im Zweifel ein angegriffenes Urtheil eher zu bestätigen als zu reformiren sey; nur für solche Instanzien ist es ebenfalls zulässig, in denen keine Nova weiter angebracht werden können, wie z. B. in der preußischen Revisions-Instanz (A. G. O. Th. I. Tit. 15. §. 7.) und wie es auch in der Revisions-Instanz gegen Reichs-Kammergerichtliche Urtheile bei Stimmen-Gleichheit unter Revisoren gewöhnlich geschahe. (Vergl. Tafinger Jprud. cam. §. 1056.).

Keinen Zweifel kann es dagegen haben, daß in Criminalsachen, wenn der Angeklagte eine die Imputation aufhebende oder modificirende Einrede entgegengesetzt hat, dieselbe bei zwiespältigen Ansichten allemal eher für bewiesen als nicht bewiesen erklärt werden muß. Es kann nicht genug eingeschärft werden, daß der Anklage-Beweis in Straffachen ein ganz anderer ist, als der Klägerbeweis in Civilsachen, rücksichtlich der ihm zu gebenden Vollständigkeit. Bei letzterem kann etwas dem Gegenbeweise überlassen werden, dort nicht. Der Anklagebeweis muß ein so vollständiges Abbild aller Erscheinungen, aller Thatsachen, sowohl in seinen Aeußerlichkeiten, als auch in seinen Causalitäts-Verhältnissen zu dem Innern des Thäters liefern, daß jede wirkliche Lücke oder Zweideutigkeit die Stärke des sonstigen Anklagebeweises schwächen muß.

Besondere Verwickelungen können sich beim Criminalbeweise nach gemeinem Recht in folgender Art ergeben. Jemand sey des Todtschlags angeklagt. Der Thatbestand, die Person des Thäters steht fest; die Stimmen können aber immer noch so fallen: vollkommen juristische Schuld — Todtschlag aus Nothwehr — Todtschlag in nicht zurechnungsfähigem Zustande begangen — culposer Todtschlag. Vereinigung ist hier nicht möglich. Die zweite und dritte Meinung kommt indeß in der rechtlichen Folge, nämlich in der gänz-

lichen Freisprechung des Angeklagten überein. Und diese wird dann natürlich erkannt werden müssen, denn es ist wenigstens Beweislosigkeit vorhanden, weil keine Majorität des Collegiums von Schuld überzeugt ist, und actore non probante reus absolvitur; eine bloße absolutio ab instantia endlich zu erkennen, würde es keinen Grund geben, wenn nicht die besondern Bedingungen dazu von der Majorität ausdrücklich anerkannt werden.

Würde gestimmt: die Schuld ist vollkommen erwiesen ad poenam ordinariam, — sie ist unvollkommen erwiesen aber ad p. extraordinariam — es ist nur Verdacht vorhanden, um einen Reinigungs-Eid zu erkennen — nur Verdacht zu einer vorläufigen Freisprechung: so ist auch hier gänzliche Meinungs-Verschiedenheit; nur das werden alle zugeben, daß wenigstens Verdacht vorhanden sey, und würde sich nun über den zu fassenden letzten Beschluß keine Majorität ergeben, so müßte es bei der günstigsten Meinung, bei der vorläufigen Freisprechung bleiben. Doch, wenn nun gar noch eine fünfte Meinung, was nicht unmöglich, auf gänzliche Freisprechung gienge? Sie würde ohne nähere Vereinigung der übrigen Theile des Collegiums nach l. 38. D. de R. Jud. den Vorzug haben müssen. Denn es läßt sich nicht von selbst annehmen, daß, wer condemniren will, jedoch damit nicht durchdringt, nun sich jedenfalls bewogen finden werde, den Angeklagten lieber nur vorläufig, als gänzlich, zu absolviren.

Bei Civilgerichten kann sich ereignen, daß ein Theil das Beweisthema vollkommen hergestellt findet; ein anderer unvollkommen, aber ad suppletorium; ein dritter, ad purgatorium; ein vierter, gar nicht bewiesen. Wäre keine nähere Vereinigung zu erlangen, so könnte natürlich nur das letzte die Grundlage des Urtheils seyn.

Aber wie, wenn bei einer Abstimmung theils definitiv, theils interlocutisch gestimmt wird? Außer Zweifel ist hier, daß, wenn sich eine definitive Majorität ergiebt, auf das non

liquet oder amplius Nichts ankommt [39]). Allein man setze Stimmen-Gleichheit, oder mehrfache Dissonanz, ohne eine absolute Majorität. Wir glauben, daß dann in Criminal-Sachen jederzeit der Theil, der auf weitere Untersuchung dringt, gehört werden müsse, selbst wenn schon ein Theil für Freisprechung wäre [40]). Und eben so in Civilsachen, in so fern der Antrag auf Ergänzung der Instruction geht, wodurch den Rechten keiner Parthei schlechterdings präjudicirt wird; z. B. wenn eine Begutachtung durch Sachverständige, eine Besichtigung für gut befunden werden sollte. Es ist eine alte richtige Regel, daß während des Processes das Interesse aller Partheien gleichmäßig berücksichtigt und daher auch die Sache möglichst ins Klare gesetzt werden muß [41]). Ginge aber der Antrag auf ein Interlocut, wodurch die künftige Entscheidung bedingt werden würde und fände sich außerdem eine gleiche starke, wenigstens relativ eben so viel geltende, Parthei für gänzliche Lossprechung des Beklagten, so würde diese Meinung, als die unbedingt günstigste pro reo, dem Interlocut, als dem höchstens nur bedingt günstigsten, vorgezogen werden müssen. Und hinwiederum müßte ein solches dem Beklagten bedingt günstiges Interlocut den Vorzug erhalten vor der unbedingt condemnatorischen Meinung eines andern Theils.

Ehe nun freilich die persönliche Begünstigung des Beklagten den Ausschlag geben darf, kommen nach dem gemeinen Rechte gewisse Begünstigungen der Sache in Betracht, selbst wenn sie dem Kläger den Sieg verschaffen würden. Dahin gehört bekanntlich (nach c. ult. X. de sent. et r. i.):

---

39) L. 36. De de re jud.

40) Vgl. auch Baiersches Str.-Ges. B. II. Art. 350.

41) Azo, Summa ff. de R. dub. v. *illud autem*. „In exordio litis favetur actori; in medio pariter utrique, tam actori quam reo, ut veritas indagetur; in fine reo, ut in dubio absolvatur. Vergl. die Apostill. zu Pannormitanus l. c. und Schweder, disputt. T. I. p. 564.

daß im Zweifel für den Rechtsbestand eines Testaments im Ganzen, wie in seinen einzelnen Bestimmungen, zu sprechen sey [42]; ferner für die Freiheit eines Menschen [43], für den Rechtsbestand einer Ehe [44]; für die Erhaltung (aber wohl nicht erst Erlangung) einer dos [45]. Daß diese Sachbegünstigungen nicht gerade ausschließliche seyn sollen, hat man schon längst angenommen [46]; doch fragt sich, welche andere mit Gewißheit noch dahin gerechnet werden dürfen. Man zählt dahin die Rechtsvermuthung für den Besitzer [47]; weil aber der Besitzer in der Regel der Beklagte seyn wird, so fällt dies zusammen mit dessen persönlicher Rechtsbegünstigung und in den seltenen Fällen, wo der Besitzer klagt, z. B. confessorisch, da giebt es keinen gesetzlichen Grund, an das Factum des Besitzes einzig und allein den Sieg zu knüpfen. Man könnte fragen, wie es mit den negatorischen Klagen zu halten sey? Wir meinen, daß hier der Beklagte wegen der ihm regelmäßig obliegenden Beweispflicht in die Rolle des Klägers versetzt sey, und daß er darum, selbst des entschiedenen Besitzes ungeachtet, keineswegs aus diesem Grunde allein Anspruch auf Zuerkennung eines Realrechts erhalte. Eher könnte man zu den Sachbegünstigungen auch die l. 41. §. 1. D. de R. J. A. rechnen: in re obscura melius esse favere repetitioni quam adventitio lucro; doch auch diese Regel enthält wohl mehr einen Fingerzeig für die Richtung der richterlichen Ueberzeugung, als eine absolute Rechtsbestimmung.

---

42) Vergl. l. 10. pr. D. de inoff. testam., wo die beigefügte Bemerkung: nisi aperte judices inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit, von selbst wegfällt, wenn es keinen büreaucratischen Gerichtsvorstand giebt. Vgl. übrigens noch l. 12. und l. 89. D. de R. J.

43) S. auch l. 38. pr. D. de R. J.

44) Vergl. c. 47. X. de test. et att.

45) Vergl. l. 85. pr. D. de R. J. und l. 2. 70. D. de J. D.

46) S. z. B. Pannormitanus zu c. ult. X. de sent. et r. i. No. 17. 18.

47) U. A. Carpzov, decis. LXXXII, erga fin.

Schließlich ist zu bemerken, daß das mehrerwähnte c. ult. X. de sent. zwar buchstäblich nur auf den Fall einer Stimmen-Gleichheit geht, jedoch aus denselben Gründen und wegen der damit in Verbindung zu setzenden l. 38. D. de R. Jud. das Nämliche auch von einer gänzlichen Dissonanz der Stimmen gelten muß; und daß sich die vorgetragenen Grundsätze nur auf ordentliche Richter und Richter-Collegien beziehen, während bloße delegirte Richter im Fall einer Dissonanz die Entscheidung dem Deleganten überlassen müssen.

Die besondern Vorschriften des canonischen Rechts über die Stimmen-Mehrheit bei Wählenden u. s. f. gehören übrigens nicht der gerichtlichen, sondern rein-kirchlichen hierarchischen Verfassung an und können hier übergangen werden [48].

Die neuern Gesetzgebungen, indem sie im Allgemeinen Entscheidung durch Stimmen-Mehrheit fordern, haben wenigstens in Deutschland die Schwierigkeiten, welche das gemeine Recht in der Anwendung übrig läßt, dadurch zu beseitigen gesucht, daß sie im Fall vollkommener Stimmen-Gleichheit dem Votum des Vorsitzenden eine entscheidende Kraft beigelegt haben, im Fall einer mehrfachen Dissonanz aber eine künstliche Stimmen-Mehrheit zu erzwingen suchen. Doch unterscheiden sie bei dem ersten Punkt Criminal- und Civil-Sachen.

So bestimmt das preußische A. L. R. Th. 2. Tit. 10. §. 120. 121. dem Vorgesetzten eines Collegiums komme nur das Recht zu, die Stimmen zu sammeln und den Schluß nach der Mehrheit derselben abzufassen. Wenn aber die Stimmen der Mitglieder über einen Gegenstand gleich stehen, so soll er durch die seinige den Ausschlag geben. Angewandt ist das Princip in der A. G. O. Th. III. Tit. 2. §. 16. 17. und I. p. 31. auf die Beschlüsse der Civilgerichte. Nur in revisorio ist das Votum des Präsidenten nicht schlechthin entscheidend (I, 15, 7.). Und eben so wenig in Criminalsachen, ausgenom-

48) Cocceji hat sie in der Not. 18. angeführten Abhandlung ausführlich angegeben.

men, wenn das Collegium blos über eine härtere (jedoch nicht capitale) und eine gelindere Strafe gleich getheilt ist, wo die härtere Strafe zu wählen ist, wenn der Dirigent als Correferent dafür stimmt [49]). Bei mehr als zwei Meinungen über das festzusetzende Strafübel müssen sich die für das härtere Stimmenden der nächsten gelinderen Meinung so lange anschließen, bis eine überwiegende Mehrheit gewonnen ist. Im Uebrigen entscheidet der favor rei.

Aehnliche, nur einfachere Verordnung enthält das Baiersche Str. G. B. II. Art. 350., indem es bei gleicher Theilung über Schuld und Unschuld ohne Rücksicht auf die Stimme des Vorsitzenden die mildere Ansicht und bei mehrfacher Spaltung die mittlere Meinung entscheiden läßt, die durch die äußere Vereinigung der strengern Meinung mit der nächsten gelindern gewonnen wird.

Mehr dem frühern Reichsrecht (wovon nachher) sich anschließend erscheint die Disposition des Oesterreich. StrafG. B. II. Art. 425., wornach ein Criminal Urtheil durch Mehrheit der Stimmen beschlossen wird und der Vorsitzende die letzte Stimme hat. Sind außer ihm die Stimmen gleich getheilt, so giebt er den Ausschlag, oder die seinem Votum am nächsten kommende Meinung. Im Fall der Unvereinbarlichkeit und sonst, entscheidet die gelindere Sentenz.

Im Uebrigen wird es wohl nicht gewagt seyn, zu behaupten, daß bei der Mehrzahl der deutschen Dicasterien und Spruch-Collegien, in Civilsachen mindestens, dem Vorsitzenden ein votum decisivum unter votis paribus, das seinige mit eingerechnet, durch Observanz oder Gesetze zugestanden

---

49) Crim. O. §. 504. ff. Wenn außerdem §. 506. die Stimme des Präsidenten, der selbst Referent war, den Ausschlag giebt für die Schuld des Inculpanten, sofern außer dem Vorsitzenden gleiche Stimmen über Schuld und Unschuld sind: so erscheint diese Disposition unzulässig, wenigstens nicht wohl erklärlich, da ja überhaupt die absolute Stimmen-Mehrheit entscheidet.

ist [50]). Daß hiedurch nicht jede Schwierigkeit, namentlich nicht die einer mehrfachen Dissonanz, gehoben ist, leuchtet ein, und es verlohnt sich wohl der Mühe, die Gründe und Haltbarkeit eines solchen Princips in nähere Erwägung zu ziehn. Das historische davon, so weit es uns geglückt ist, die Entstehung jener Observanz zu verfolgen, ist dieses.

Es war an sich sehr natürlich, seitdem die eigentlichen Volks- oder genossenschaftlichen Schöppen verschwanden und an ihre Stelle gelehrte Beisitzer traten, dem vorsitzenden Richter, der doch ebenfalls ein gelehrter Rechtskundiger nun in der Regel seyn mußte, ein mitzählendes Votum zuzugestehen. Aber man konnte sich nicht sogleich Anfangs daran gewöhnen, ihn wie einen gewöhnlichen Mitvotanten zu betrachten, vielmehr hielt man ihn für verbunden, zuerst die Beisitzer abstimmen zu lassen und dann dem Beschluß der Mehrheit unter ihnen beizutreten und nur, wenn sich unter den in gerader Zahl anwesenden Beisitzern eine vollkommen gleiche Stimmen-Zwiespältigkeit ergab, ließ man ihn — gleichsam von Staatswegen — durch seine Stimme den Ausschlag geben So stellt unter andern Anton Faber, selbst Präsident des Savoyischen Ober-Tribunals, die dortige Observanz dar [52]); und so war im Wesentlichen auch die Verfassung der Reichsgerichte. Nach der C. G. O. von 1495 war es entschieden, daß (erst) bei Stimmen-Gleichheit der Assessoren der Cammerrichter den Ausschlag geben solle — eine Disposition, deren spätere Gültigkeit die Evangelischen bekanntlich läugneten. Am deutlichsten hieß es in der R. H. R. O. Tit. V. §. 15. 16. „Wann dann auf beschehene erste und andere Umfrag die Räthe alle — votirt haben: so soll

50) Eben dies bemerkt F. A. Hommel, in s. Anl. zu referiren S. 23 ff. (der ersten Ausg.). Doch findet sich auch der particularrechtliche Gebrauch, bei zwiespältigen Stimmen die Acten zu transmittiren, wie z. B. nach dem Braunschweig. Lüneb. Justiz-Regl. v. 1718.

51) S. Cod. Fabrianus I, 7, 2, 2.

alsdann Unser R. H. R. Präsident nach dem, was die mehreren Stimmen Unserer R. H. Räthe geben, beschließen und derselben mehrere Stimmen billig den Fürgang haben. Da auch unterschiedliche Vota in der Zahl gleich wären, so soll Unser — Präsident einem Theil mit seiner Stimme Beifall thun und alsdann auf dasselbig, als das mehrere, schließen. Den Schluß aber, er sey einhellig, per majora, oder durch seinen Beifall geschehn, soll Unser Präsident u. s. w." So wird auch in der Rothweiler H. G. O. von 1572. P. I. Tit. 3. dem Hofrichter, erst im Fall einer gleichen Zwiespältigkeit der Beisitzer, ein Entscheidungsrecht gegeben; und daher sieht es noch J. F. Seyfart, in seinem t. R. Proceß S. 411. (vom Jahre 1738.) für gemeines Recht an: daß bei Stimmen-Gleichheit der Praeses judicii dem einen Theil beifallen und, weil alsdann die Pluralität der Stimmen auf seiner Seite ist, es alsdann bei solcher Sentenz verbleiben müsse, wobei er sich zugleich auf einzelne Particular-Gesetze mit bezieht.

Nebenbei machte sich jedoch auch die Ansicht geltend, daß der Vorsitzende des Gerichts in jedem Fall ein volles mitzählendes Votum habe, nicht blos bei Stimmen-Gleichheit, und zwar sehr natürlich, je mehr sich der alte Unterschied zwischen Richter und Beisitzern verlor und die reincollegialische Verfassung sich ausbildete. In dieser Art findet sich die Sache bei Carpzov Dec. 82. h. 15. dargestellt und nach ihm u. A. bei Lüder Menken syst. j. civ. 42, 1, 10. Allein keine Andeutung findet sich daselbst, daß bei sich ergebender Stimmen-Gleichheit, das Votum des Vorsitzenden eingerechnet, die Meinung, wofür er sich entschieden hat, den Vorzug haben solle. Man findet es sogar als eine Singularität bemerkt, daß beim Piemontesischen Obergericht, zufolge Thessaurus und Antonius Marcus, eine Observanz dieser Art, Criminalsachen ausgenommen, bestand. Und in der That möchte sich wohl kein zureichender Grund dafür, weder in Criminal- noch Civilsachen angeben lassen, im Gegentheil

widerstrebt es dem Geiste der collgialischen Verfassung der Gerichte. Ungereimt und eine bloße Fiction würde es seyn, den Vorsitzenden gleich zweien Votanten, der Intelligenz nach, zu rechnen, oder gleich Einen + ¼ oder wie man will. Die Intelligenz Eines Menschen ist immer nur eine Einheit, etwas Individuelles, was sich nicht weiter abwägen läßt. Nur eine geistige Präponderanz, ein rein-geistiges Doppel- und noch größeres Gewicht kann ein Dirigent ambitioniren und es gab allerdings schon immer Männer, die durch ihr Ganzes eine solche geistige Superiorität mit Recht in collegialischen Berathungen ausübten, daß man ihre Stimme für zwei und und noch mehr zählen und ihnen in der Regel nur beifallen konnte [52]). Allenfalls könnte man noch sagen: wenn ein Collegium in zwei Meinungen gleich getheilt ist, so ist dadurch eigentlich Nichts entschieden; die Sache fällt nur der Staatsgewalt anheim, um ihr einen endlichen Ausgang zu geben. Und diese Entscheidungsgewalt ist dem Vorsitzenden übertragen. Allein es ist gewiß zu erwägen: daß allerdings schon das Nicht-Entscheiden einer Stimmen-Gleichheit eine Entscheidung wirklich ist, nämlich daß Alles in statu quo bleiben muß, wie vor Anfang des Rechtsstreits, und man hat darum gar nicht einmal nöthig, noch besondere Rechtsbegünstigungen für solchen Fall eintreten zu lassen, wenn diese an sich selbst höchst vernünftig sind. Und weiser und unpartheiischer wird es doch immer seyn, nach feststehenden höhern einfachen Principien eine schwankende Sache zu entscheiden, als nach der individuellen Ansicht eines Mannes, der doch auch wieder nur Theil eines Körpers von gleichen Organen seyn soll. Endlich möchte dies noch bei bloßen Rechtsfragen immer hingehen, aber bei Beweisfragen erscheint es höchst gefährlich. Wollte man übrigens die obige, allein zu ver-

52) Der Verf. erinnert sich hier mit dankbarem Herzen des einfachen trefflichen Daniels, unter dessen Vorsitz er zwei Jahre hindurch Mitglied eines Senats beim App.-Hof zu Cöln zu seyn die Ehre hatte.

theidigende Ansicht von einer Delegation der oberstrichterlichen Gewalt auf den praeses collegii festhalten, so müßte seine Ansicht auch bei einer mehrfältigen Dissonanz der Stimmen entscheiden, und eigentlich dürfte dann gegen solches Urtheil gar kein Rechtsmittel zugelassen werden.

Ihren eigenen entschiedenen Weg hat die französische Civil-Proceßgebung genommen. Ergeben sich verschiedene Meinungen bei den Richtern, so soll eine zweite Stimmen-Sammlung erfolgen (Regl. vom 30. März 1808. Art. 35.). Bilden sich zwei völlig gleiche Stimmparthien, so wird das Collegium in ungleicher Zahl ergänzt und dann von neuem debattirt und abgestimmt. Bei mehrfacher Stimmen-Dissonanz aber müssen sich die schwächsten Stimmtheile einem der beiden stärksten Stimmtheile anschließen (C. de pr. c. Art. 116 — 118. 467. 468.). Diese Bestimmungen waren nicht neu; schon der ältere Gerichtsbrauch und die Ordonnanzen kennen sie [53]. Doch liegt klar vor, daß dadurch noch keineswegs allen möglichen Schwierigkeiten entgangen wird.

Für die Criminalgerichte giebt es außer den schon oben Not. 25. angeführten Verfügungen in Betreff des Jury und der Specialhöfe keine. Indessen ist das Princip so bestimmt ausgesprochen, nämlich Entscheidung nach Stimmen-Mehrheit, im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten: daß sich hiernach nothwendig auch der Assissenhof selbst, so wie die Richter der correctionellen Polizei richten müssen.

Von einem Decisiv-Votum des Präsidenten weiß die französische Verfassung nichts.

Ehe wir unsern Gegenstand gänzlich verlassen, sey es noch erlaubt, auf einige besondere Mängel der collegialischen Gerichts-Verfassung aufmerksam zu machen, zum Beweise, wie wenig darin gerade die juristische Intelligenz, die sich eben in einer Mehrheit individueller Ueberzeugungen auf der

53) Vergl. Merlin Rép. univ. m. Opinion.

Basis der Gesetze und Wissenschaft kund geben soll, wahrhaft repräsentirt wird. Und zwar zuerst in Verbindung mit der an sich wohl sehr nothwendigen Instanz-Einrichtung.

Es ist schon oft genug bemerkt und fällt auch gar zu sehr in die Augen, wie vermöge dieser Einrichtung es geschehen kann, daß bei einer Zusammenzählung aller Stimmen der Richter, welche in den verschiedenen Instanzien mitgeurtheilt haben, am Ende doch derjenige unterliegt, der bei weitem die meisten Stimmen, und derjenige siegt, der die wenigsten für sich hatte. Das ist denn doch ein gar zu arger Widerspruch, der wahrlich nicht durch die Sorgfalt des Staats, zu den höchsten Tribunalen immer die gediegensten und gelehrtesten Männer zu berufen, gutgemacht werden kann, man müßte sich denn mit der absurden Meinung derer befreunden, die, ohne vom Wesen einer res judicata einen deutlichen Begriff zu haben, in den untern Instanzien nur Urtheils-Experimentir-Maschinen zu entdecken vermögen.

Eine zweite Betrachtung ähnlicher Art bietet die collegialische Verfassung in solchen Fällen dar, wo die Entscheidung von mehreren Vorfragen abhängig ist, über welche sehr verschiedenartige Ansichten sich geltend machen können. Es kann dann geschehen, daß zuletzt ein Endresultat gewonnen wird, welches alle einzelnen Votanten, und jeder aus andern Gründen für unrichtig hält. Man setze z. B. einer Klage sey außer der Verneinung des Klagegrundes noch die Einrede der Verjährung und der Tilgung durch Solution entgegengesetzt. Der Richter seyen fünf, a b c d e, sie werden natürlich über die einzelnen Fragen abstimmen. Nun stimmen a b, die Klage sey nicht bewiesen, c d e jedoch, oder die Mehrheit, sie sey es; c d hält die Klage durch Verjährung erloschen, a b e verwirft die Einrede; e hält die Solution für erwiesen, a b c d nehmen das Gegentheil an. Hier sind alle fünf Richter, jeder für sich, darin einverstanden, daß der Beklagte freizusprechen sey; und doch muß er nach Stimmen-Mehrheit verurtheilt werden.

Es ist dies eine, keineswegs seltene, gewiß sehr unangenehm berührende Erscheinung. Nicht ohne Schein behauptet daher mancher: Jede Sache müsse aus dem Ganzen oder im Ganzen entschieden werden. Jeder Richter habe hauptsächlich das Ende zu bestimmen, was inskünftige den Partheien Rechtens seyn solle, und dafür müsse er sich aus dem ganzen vorliegenden Material ein Urtheil bilden; nur das, was er Alles zusammen genommen für wahr und recht erkennen müsse, dürfe sein Endurtheil motiviren. Es könne ihm für seine Combinationen der einzelnen Glieder durch den Willen anderer kein Gesetz rücksichtlich eines Gliedes aufgedrungen werden, welches er selbst schlechthin verwerflich finde.

So mögen auch wohl die Alten die Sache betrachtet haben, wenigstens findet man bei ihnen keine Spur von einer Theilung der Abstimmung über Vorfragen, und da man in der Regel keine eigentlichen Entscheidungsgründe gab, so führte auch keine äußere Nothwendigkeit dazu. Schärfer aber mußte die Sache genommen und auf die Spitze gleichsam gestellt werden, seitdem sich die ohne Zweifel richtige Ansicht geltend gemacht hat, daß nur solche Urtheile als rechtmäßig anzuerkennen, welche durch überzeugende, mindestens eine vernünftige Erwägung des Richteramts beurkundende Gründe unterstützt seyen. Auch die Collegien können von dieser Anforderung nicht freigesprochen werden. Sie sollen als moralische Einheit ein jedes handeln; sie sollen eigentlich Organe der juristischen Intelligenz seyn, und wenn nur aus bestimmten Gründen zu entscheiden ist, so müssen sie sich auf formellem Wege wenigstens, nämlich durch vereinzelte Abstimmung, eine Kette oder Brücke von Gründen zum Endresultat bilden, wie der Einzelrichter sie aus sich selbst nimmt. Freilich ist und bleibt es ein greller Widerspruch, wenn intelligente Wesen durch das Rein-Formelle ihres Zusammenbestehens, genöthigt werden, einer Rechtsuchenden Parthei etwas zuzufügen, was sie sämmtlich, nach ihren individuellen Ueberzeugungen, für ein Unrecht erken-

nen müssen. Allein es bleibt doch immer unläugbar, daß nicht die Einzelnen im Collegium zu richten haben, sondern das vielköpfige Ganze, zu welchem sich die Einzelnen verhalten, wie bloße Organe und in welchem daher ihre Persönlichkeit völlig ausgeht. Man kann auch sagen: so viele Vorfragen als sich in einem Proceß zur Entscheidung darbieten, so viele einzelne Rechtstheile giebt es, welche jeder einzeln erörtert und abgethan werden muß. Das Endresultat knüpft sich daran von selbst.

Indessen liegt in Vollkommenheiten der angeführten Art gewiß eine große Unvollkommenheit und das Motiv zu sehr erheblichen Einwendungen gegen die streng collegialische Verfassung der Gerichte, wie sie positiv meistens besteht. Rechtliche Entscheidungen sollten nie zusammengewürfelt werden, sondern hervorgehen aus dem Kennerblick und der Urtheilsfülle eines lebendigen Meisters im Recht. Die juristische Intelligenz ist nichts Absolutes, irgend woher mechanisch herbeizuholendes, sondern sie ist persönliche Gabe, die durch die geistigen Anlagen und Bestrebungen Einzelner zur Reife und zum Ausdruck kommt. Will man also durch Befragung von Mehreren desto größere Sicherheit für eine Entscheidung erhalten, so befrage man auch die Einzelnen für ihre Person, und nehme dann das gemeinschaftliche Endresultat von Jedem, als wären es so viele Urtheile einzelner Richter; man stoße sich nicht an die Verschiedenheiten in einzelnen Motifen, worüber Einverständniß bei jeder Kunst so schwer ist. Unmöglich kann es Recht seyn, Etwas unter Partheien als Recht festzusetzen, was kein Kundiger im Staate dafür erkennt. Daher geschieht es denn auch in Beispielen der angeführten Art bei Collegien, daß ein Votant, um das ihm allein rechtmäßig scheinende Endurtheil herbeizuführen, bei der einzelnen Fragestellung seine wahre Ueberzeugung lieber gefangen nimmt, und gegen dieselbe eine Vorfrage beantwortet, wodurch man sich dann wohl allerdings in Conflict mit dem Richter-Eide setzt.

Wir kommen darauf zurück, was schon oben angedeutet ward, wie wenig Beifall wir auch zu hoffen haben: die besten Repräsentanten der richterlichen Intelligenz sind Einzelrichter für alle Rechtsfragen. Man gebe ihnen die nöthigen Beisitzer zur Instruirung der Processe, zum Consultiren, und zur Mit-Abstimmung über die Beweis-Resultate, in Criminalsachen eilf, in Civilsachen sechs; man lasse es bei drei Instanzien; wenn aber der oberste Richter zwei gleichlautende Urtheile formiren will, so müsse er noch einen Collegen zuziehn und nur mit dessen Einverständniß vermöge er es. Dies scheint uns die vollkommenste Verfassung für große Sachen. Vorbilder: die neue römische unter den spätern Kaisern, die hierarchische, die englische. Mehr darüber zu sagen, eignet sich nicht für ein Archiv der Praxis.



IV.

Was hat der deutsche Proceß im Ganzen und im Detail durch die neuere doktrinelle und legislative Behandlung gewonnen?

Von Mittermaier.

III.

Resultate der neuern Discussionen über Competenz-Conflikte.

Nicht weniger wichtig werden in Bezug auf das Verhältniß der Verwaltung und Justiz die Fragen: 1) Wer und wie weit man im Fall eines bei Gericht angebrachten Rechtsstreits einen sogenannten Conflikt zu erheben befugt sey, daher die Verhandlung und Entscheidung der Justiz sistiren könne? 2) Welche Behörde die Competenz-Conflikte entscheiden soll?